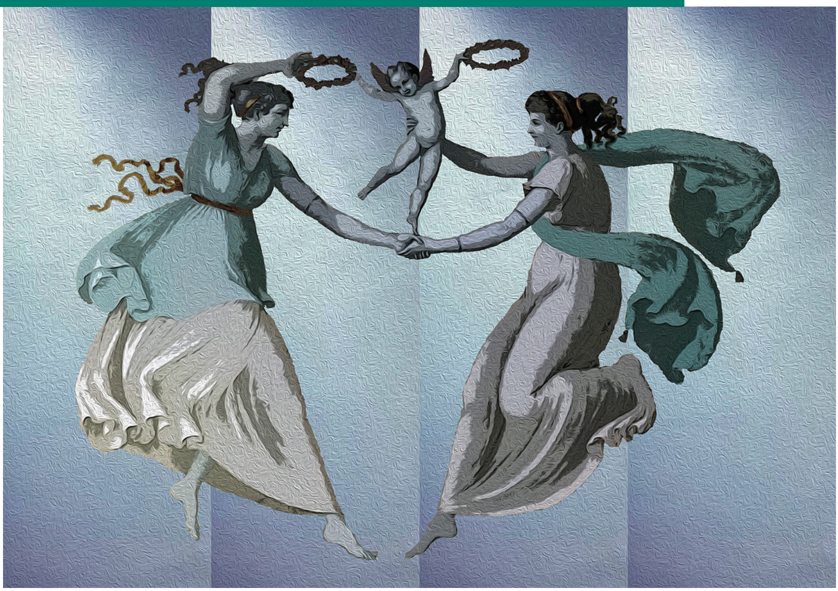
GLOBAL PERSPECTIVES ON LEGAL HISTORY 11

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico



GLOBAL PERSPECTIVES ON LEGAL HISTORY 11

Global Perspectives on Legal History

A Max Planck Institute for European Legal History
Open Access Publication

http://global.rg.mpg.de

Series Editors: Thomas Duve, Stefan Vogenauer

Volume 11

Global Perspectives on Legal History is a book series edited and published by the Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, Germany.
As its title suggests, the series is designed to advance the scholarly research of legal historians worldwide who seek to transcend the established boundaries of national legal scholarship that typically sets the focus on a single, dominant modus of normativity and law.
The series aims to privilege studies dedicated to reconstructing the historical evolution of normativity from a global perspective.
It includes monographs, editions of sources, and collaborative works.
All titles in the series are available both as premium print-on-demand and in the open-access format.

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY
2018

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, http://www.epubli.de

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
http://global.rg.mpg.de

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie; detailed bibliographic data are available on the Internet at http://dnb.d-nb.de

Cover illustration:
Christian Pogies, Frankfurt am Main
(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:
Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, http://dx.doi.org/10.12946/gplh11

Indice

Massimo Brutti
Alessandro Somma

Introduzione

Viviamo l'era della globalizzazione, alla base di un crescente interesse per la dimensione ultranazionale del diritto. A questo corrispondono rilevanti attenzioni per il diritto comparato da parte dei cultori del diritto interno, che in massima parte producono ricerche e lavori ancorati ad un paradigma tradizionale nel quale si intrecciano giuspositivismo e costruzione dogmatica: due approcci teorici convergenti, accomunati da una considerazione astorica dei dati giuridici. Negli studi storici si afferma un indirizzo analogo: ricerca nel passato di elementi di attualità, primato dei dogmi e della loro evoluzione, indifferenza verso le condizioni materiali e le trasformazioni politiche che determinano il dover essere giuridico.

Prevale una visione del diritto come strumento di ingegneria sociale, di governo (ma non ci si chiede da quali forze ed interessi il potere di governo sia guidato, quali ideologie lo sorreggano). I fenomeni giuridici vengono spoliticizzati e decontestualizzati. La comparazione si risolve nella ricognizione di somiglianze e distinzioni tra forme astratte: tutto l'opposto di quel che serve ad un confronto vero tra realtà storiche individuate. È una visione che impedisce sia l'analisi dei rapporti fra passato e presente, delle condizioni che determinano i mutamenti, sia l'indagine sulle forme di vita, sui conflitti di cui è parte l'esperienza giuridica.

Da tutto ciò non può che derivare un ridimensionamento del ruolo dei nostri studi. Per contrastare gli effetti di questa deriva, dobbiamo contestarne i fondamenti ideologici e teorici: dobbiamo superare la parzialità delle astrazioni che essa è venuta elaborando. Un esempio da non seguire è quello della così detta neopandettistica tedesca: una sorta di restaurazione della dogmatica, volta alla costruzione di un diritto comune europeo, sulla base di una improbabile continuità della tradizione romanistica e di una sua illusoria funzionalità al presente. Non è il ritorno a Savigny o al costruttivismo ottocentesco che può rilanciare gli studi storico-giuridici. Né la comparazione può trovare una nuova legittimazione accettando il punto di vista tecnocratico e la separazione della scienza giuridica dai valori e dai fini inerenti agli

oggetti che essa studia. Ogni successo conseguito su questo terreno sarebbe effimero.

Senza scorciatoie, dobbiamo lavorare oggi alla ridefinizione delle nostre identità disciplinari, accentuando la storicizzazione, l'approccio *law in context*, non in termini astrattamente metodologici, ma svolgendo concrete ipotesi di ricerca, su cui possano incontrarsi studiosi con diverse formazioni e specialismi. La prospettiva di un sapere critico non deve limitarsi ad affermazioni di principio. Piuttosto, essa diventa credibile ed espansiva se si misura con vicende storiche determinate (entro le discontinuità di quella che con formula ingannevole chiamiamo tradizione europea e nella trama profonda delle relazioni tra *common law* e *civil law*).

In questa ottica, cultori della comparazione e storici del diritto possono collaborare. Anzitutto delimitando i campi e gli oggetti di studio sui quali essi sono fin da oggi in grado di dividersi i compiti e di avviare uno studio pluridisciplinare (che è il primo passo verso l'effettiva comunicazione tra discipline). Dalla messa a fuoco di temi comuni, dal confronto possono nascere nuovi approcci anche sul terreno dell'insegnamento, capaci di contribuire ad una didattica non più chiusa nei settori accademici tradizionali, ma capace di connetterli, vincendo la spinta alla frammentazione del sapere giuridico.

Con il testo che precede abbiamo invitato i cultori e le cultrici del diritto comparato e della storia del diritto a dar vita a un seminario dal titolo *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, tenutosi il 7 e 8 ottobre 2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, anche grazie all'impegno dei colleghi Giovanni Cazzetta e Diego Manfredini.

L'iniziativa ha riscosso particolare successo: sono stati numerosi gli studiosi e le studiose che vi hanno partecipato, e particolarmente stimolanti i loro contributi. Alcuni si sono concentrati sugli aspetti teorici del tema, altri si sono dedicati a specifici argomenti di ricerca, analizzandoli dal punto di vista della metodologia utilizzata e dunque del ruolo attribuito all'intreccio di storia e comparazione giuridica. Nel complesso è merso un quadro ampio e variegato dell'impegno profuso dai cultori e dalle cultrici di queste discipline, magari in direzioni diverse da quelle cui faceva riferimento il nostro documento, ma sempre e comunque nell'appassionato tentativo di rivitalizzare il binomio antico.

I contributi raccolti in questo volume costituiscono una selezione di quelli presentati a Ferrara, così come di interventi successivi, stimolati dal seminario e dal dibattito a cui ha dato vita. Avevamo auspicato che l'iniziativa costituisse la prima tappa di un percorso partecipato e produttivo di utili indicazione per il nostro impegno di studiosi e studiose. Quanto presentiamo ai lettori e alle lettrici ci spinge e ritenerlo il primo passo di un cammino che ci impegnerà a lungo, ma che si presenta già appassionante e ricco di spunti.

Alfons Aragoneses

La memoria del derecho

La construcción del pasado en los discursos jurídicos

Introducción: historicismo tras el fin de la historia

La caída de los regímenes socialistas del Este de Europa permitió defender la idea del fin de la historia.[1] El simbólico tránsito del año 1999 al año 2000, el cambio de siglo y los atentados en Nueva York en 2001, considerados por la administración americana como el momento inicial de una nueva era, alimentaron la idea de un « presente omnipresente » o una « sociedad del presente » como la llama el historiador François Hartog,[2] según el cual la sociedad occidental que en palabras de Lévy-Strauss era una « société chaude », consciente de su historicidad, se está convirtiendo en una « société froide », una sociedad que no siente esta historicidad.[3]

La historiografía se ha visto afectada por este "presentismo". En los planes de estudio de las universidades y de la enseñanza secundaria triunfan las ciencias que permiten medir el crecimiento económico y proveer de mecanismos de gestión de la economía y de la administración.[4] Pierden las humanidades, la historia y la filosofía.[5]

Consecuencia de esta tendencia debería haber sido la expulsión de las referencias al pasado de los discursos políticos y, en el plano estrictamente jurídico, una total separación entre discurso jurídico y discurso histórico.

1 Fukuyama (1992).
2 Idem, 28.
3 Ibidem, 47.
4 Así, la Ley española de Mejora de la Calidad de la Educación (LOMCE) incorpora como competencia « Sentido de la iniciativa y espíritu emprendedor ». Vid. la presentación del Ministerio de Educación: www.mecd.gob.es/educacion-mecd/mc/lomce/inicio.html;jsessionid=75AB4DC24256E858BE31C8ED102EFE96.
5 Los profesores se movilizan para que se mantenga la Filosofía en las aulas, La Vanguardia, 22.10.2015.

Siguiendo en este punto a Niklas Luhmann, el derecho debería considerar como no derecho aquellos discursos que no sirvan para crear certidumbre jurídica.[6] Este sería el caso de la historia.

Pero el derecho del momento actual no renuncia a reelaborar el pasado, como tampoco renunció a ello el derecho posterior a las revoluciones liberales. Hoy los discursos posthistóricos y postideológicos contrastan con una importante presencia de referencias históricas en todo tipo de textos jurídicos. Lejos de desaparecer, esta historia construida o reproducida por el derecho crece haciéndose presente en preámbulos de leyes, sentencias judiciales y leyes de memoria. Legisladores y representantes políticos a nivel nacional e internacional reconstruyen la historia de gestas heroicas, derrotas o momentos fundacionales. A continuación presento algunos ejemplos.

Si leemos la Constitución de Croacia de 1991, lo primero que encontramos es una página dedicada a los « fundamentos históricos ». En ellos se afirma que la existencia del Estado croata se fundamenta en la

> identidad nacional milenaria de la nación y el Estado croatas y la continuidad de su Estado (*Statehood*) confirmada a lo largo de toda su experiencia histórica así como en la perpetuación y el desarrollo de la idea de construcción del Estado basada en el derecho histórico de la nación croata a la plena soberanía.[7]

Estos "hechos históricos" antecedan cualquier referencia a los derechos individuales y colectivos de los croatas. Es destacable también que la reforma constitucional de 2010 no modificase estos fundamentos.

La Constitución húngara de 25 de abril de 2011, en su declaración nacional (*national avowal*) establece que

> Estamos orgullosos de que nuestro Rey San Esteban construyó el Estado húngaro con bases sólidas e hizo de nuestro país una parte de la Europa cristiana hace mil años.
> Estamos orgullosos de que nuestros antecesores lucharan por la supervivencia, la libertada y la independencia de nuestro país.
> Estamos orgullosos de los destacables logros intelectuales del pueblo húngaro.
> Estamos orgullosos de que durante siglos nuestro pueblo defendió a Europa en una

6 Luhmann (1993) 35, 143 y ss.

7 Sigo la versión oficial en inglés del Parlamento croata disponible en su web: www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405. La traducción al castellano y todas las que siguen son mías si no se indica lo contrario.

serie de luchas y que enriquecieron los valores comunes de Europa con su talento y diligencia.[8]

En 2008, el Parlamento Europeo decidió establecer el 23 de septiembre como día de recuerdo de las víctimas del nazismo y el estalinismo.[9] Otra declaración fue aprobada en la misma cámara sobre el Holodomor ucraniano.[10] Un año después votaba una resolución sobre conciencia europea sobre el totalitarismo.[11]

En nuestro solar hispano encontramos también un uso intenso de la historia. Recordemos que, en su disposición adicional primera, la Constitución española « ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales » y que el Tribunal Constitucional determinó qué territorios podían alegarlos y cuales no.[12] No olvidemos tampoco que las reglas constitucionales que regulan la Corona actualizan en parte normas del siglo XIX y también normas del régimen franquista.[13]

Las entidades nacionales no estatales, privadas del poder de un Estado, usan con frecuencia la historia como mecanismo de defensa de la propia identidad. Así, el Estatuto catalán de 2006 mira también al pasado en su preámbulo en el que declara que

> El pueblo de Cataluña ha mantenido a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno, encarnada en instituciones propias como la Generalitat – que fue creada en 1359 en las Cortes de Cervera – y en un ordenamiento jurídico específico recogido, entre otras recopilaciones de normas, en las « Constitucions i altres drets

8 Constitución de Hungría. He utilizado la versión inglesa disponible en el portal del Gobierno: www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf.

9 Declaración del Parlamento Europeo sobre la proclamación del 23 de agosto como Día Europeo Conmemorativo de las Víctimas del Estalinismo y del Nazismo, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P6_TA(2008)0439&language=EN.

10 Parlamento Europeo: Resolución de 23 de octubre de 2008 sobre la conmemoración del Holodomor, la hambruna artificial ucraniana (1932–1933), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008–0523&language=ES.

11 Resolución del Parlamento Europeo, 23 de octubre de 2008, sobre la conmemoración del Holodomor, la hambruna artificial en Ucrania (1932–1933), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009–0213+0+DOC+XML+V0//ES.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1988 de 26 de abril. Fundamento jurídico 2. BOE 125, 25.05.1988, 6–14, www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1988–12887.

13 Cerdà Serrano (2015).

> de Catalunya ». Después de 1714, han sido varios los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno.[14]
> El mismo preámbulo establece como fundamentos del autogobierno de Cataluña la Constitución española « así como en los derechos históricos del pueblo catalán ».

Otro ejemplo lo encontramos en la ley que en 2015 abría la puerta a conceder la nacionalidad a los sefardíes originarios de España. Esta ley contiene un preámbulo que (re)construye la historia de la relación entre las instituciones españolas y los judíos desde el siglo XIX hasta nuestros días.[15] El texto crea una identidad para todos los sefardíes: dice que fueron los judíos los que tomaron la « drástica vía del exilio » y que pese a ello no guardaron « rencor » y fueron « leales a España ». Afirma además que el asesinato de miles de sefardíes selló el vínculo de España con la memoria del Holocausto.

La lista de casos de creación de historia por el derecho es larga. Encontramos historia actualizada por el derecho en sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos que revisan el pasado reciente de Europa,[16] en leyes de memoria: aquellas que, en palabras de Antoon de Baets « prescriben o proscriben una forma de mirar al pasado ».[17] La encontraríamos también en el paisaje institucional, en forma de edificios institucionales neogóticos en Gran Bretaña o en Suiza o en términos que dan nombre a instituciones del presente pero que han sido extraídos de textos jurídicos del pasado lejano. Me refiero a la Generalitat de Cataluña o los Mossos d'Esquadra en Cataluña, a la figura del Justicia en Aragón y también a las Cortes españolas.

En todos estos casos el objetivo, según mi modo de ver, no es meramente estético: estas reconstrucciones de la historia forman parte del discurso jurídico: enmarcan, presentan, ayudan a interpretar las normas y tienen por tanto una dimensión jurídico-normativa. Tienen además la función de crear consenso social y desarrollar la identidad colectiva de la comunidad a la que

14 Versión oficial extraída de la página web de la Generalitat de Cataluña: http://web.gencat.cat/es/generalitat/estatut/estatut2006/preambul.

15 Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. BOE 51, 25.06.2015, pp. 52557–52664. Sobre la ley vid. Aragoneses (2016).

16 Belavusau, Gliszczynska-Garabias (2017).

17 De Baets (2017).

se impone la norma. La historia que crea el derecho tiene por tanto interés para el conocimiento de la cultura jurídica.

Me interesa exponer en las páginas que siguen las funciones que juega este historicismo en el derecho. Planteo una propuesta metodológica para su estudio en la que me apoyo en parte en la perspectiva de la "global legal history" y también en la antropología. Me interesa demostrar como el estudio del historicismo es útil en el estudio de las culturas jurídicas y también en el conocimiento de los mecanismos de creación y desarrollo de identidades colectivas.

Una nueva metodología para un viejo fenómeno

La actualización o recreación del pasado por parte del derecho no es un fenómeno reciente. El derecho siempre ha tenido mecanismos de memoria y de olvido. En culturas jurídicas de tipo tradicional, las referencias al pasado jugaban una función legitimadora. El *Enchiridion* de Pomponio es quizás el caso más antiguo conocido de legitimación histórica del derecho.[18] En la Edad Media, la historia y la tradición son formas de legitimar el poder y el derecho. Pero las revoluciones liberales no acabaron con este fenómeno, sino al contrario: promovieron la « invención de la tradición » en diversos lugares y de diferentes formas. Como afirman Eric Hobsbawm y Terence Ranger « la ideología liberal del cambio social decimonónica fracasó sistemáticamente al no suministrar los lazos sociales y de autoridad que se daban por supuestos en anteriores sociedades y creó vacíos que debieron llenarse con prácticas inventadas ».[19]

Tradicionalmente se ha identificado al historicismo jurídico con la obra de Savigny y su supuesta recepción fuera de Alemania.[20] Lloredo Alix, en un reciente trabajo, indaga en las fuentes filosóficas del historicismo y demuestra que este aparece ya en Agustín de Argüelles y se desarrolla más tarde en las escuelas históricas patrias.[21] Según Lloredo, este historicismo, « lejos de ser una corriente foránea, se trata de un fondo que entronca con la Ilustra-

18 Sobre los mitos en la historia del derecho romano vid. Fögen (2002).

19 Hobsbawm/Ranger (2002).

20 Lloredo Alix (2014). Vid también Lloredo Alix (2015), Sturmel (2002), Dilcher (2016), Contreras Peláez (2005).

21 Lloredo Alix (2015).

ción y que se desarrolla de forma autónoma hasta bien entrado el siglo XIX ».[22] Lloredo Alix cita la tesis de Ramón Fernández Carvajal de 1955 que analiza el historicismo jurídico entre 1700 y 1850.[23]

Ni el historicismo nace con Savigny ni se reduce a las manifestaciones del pensamiento jurídico, lo que obliga a estudiarlo desde otras perspectivas: la historia, la antropología y las propuestas metodológicas de la historia crítica del derecho o la Global Legal History.

Partiendo de la teoría de sistemas, Raffaele de Giorgi reflexionó hace ya unos años sobre el concepto de memoria del derecho. Según el autor italiano, el sistema jurídico tiene su propia memoria; un mecanismo que no reproduce en el presente el tiempo pasado sino que crea un tiempo pasado nuevo, construye un segundo tiempo, un « tiempo en el tiempo ».[24]

De Giorgi analiza el caso de Roma y del derecho romano para reflexionar sobre la función de la memoria en el derecho. Según su idea, Roma sirvió para diferenciar el derecho romano del derecho de otros pueblos y, tras la caída del Imperio romano, para que los distintos sistemas jurídicos a partir de Roma se autodefiniesen como racionales y legítimos en oposición a otros. Roma, como afirma de Giorgi, es la memoria del derecho. Y la idea de Roma o las representaciones de Roma pertenecen a la memoria del observador de los sistemas jurídicos posteriores al romano.[25]

Esta construcción de Roma sirve para explicar un proyecto o para diferenciar una comunidad humana de otra: los romanos de los bárbaros o el Ius Commune de derechos rústicos.[26] Vale para el derecho romano pero también para otros ordenamientos que reconstruyen una *Mythologie des Ursprungs* o mitología del origen para diferenciarse de otros derechos,[27] sea el yugoslavo para el croata o el español decimonónico para el catalán.

Desde una perspectiva similar, en 2003 Marie Theres Fögen también hacía referencia a la función de "Roma" en los discursos jurídicos posteriores a Roma:

22 Lloredo Alix (2015) 165.
23 Fernández Carvajal (1955).
24 De Giorgi (2004) 143. Sobre la dimensión temporal de la historia del derecho vid. Solla, Meccarelli (2016).
25 De Giorgi (2004) 144.
26 De Giorgi (2004) 143.
27 De Giorgi (2004) 145.

> Se han creado, se han usado y se usan diferentes "Romas". La Roma de la religión ha sido siempre una Roma cristiana, Santa; la Roma del derecho ha sido una Roma profana y racional; la Roma de la política, según conviniese, una Roma republicana o monárquica; la Roma de la historiografía una historia en ascenso o en decadencia. Bajo un techo común, "Roma", los diferentes sistemas sociales han construido sus propias "Romas", han especificado "Roma" sin renunciar a "Roma".[28]

António Hespanha recurre a la historia y a la sociología para explicar cómo la historiografía tradicional del derecho ha jugado y juega la función de legitimar el derecho.[29] Nos recuerda que Max Weber ya escribió sobre los mecanismos de creación y mantenimiento del consenso social alrededor del derecho. El historicismo sería uno de ellos.[30] Hespanha se concentra en los discursos generados por la historiografía jurídica y apunta varias funciones que habrían cumplido a lo largo de la historia.

Una de ellas sería la generación o refuerzo de consenso social alrededor de instituciones a partir de la creencia de que proceden de un pasado remoto. Para ello se trazaban líneas de continuidad semántica a partir de la continuidad terminológica de términos como Estado o Ciudad. Para ejemplificar esta idea, Hespanha habla de términos como « familia, persona, democracia, libertad, obligación, contrato, propiedad, robo o asesinato ».[31] En todos estos casos el mecanismo es el mismo: se trata de no tener en cuenta que ha habido un proceso de cambio de significado a través de varias capas de productores de discurso, cada uno de ellos perteneciente a una cultura diferente.[32] Según Hespanha

> los conceptos jurídicos integran campos semánticos estructurados que producen sentido y que a su vez reciben influencias semánticas y connotaciones de diferentes niveles de lenguaje (lenguaje ordinario, ético, religioso, político, médico) y son apropiados de manera distinta por parte de los diferentes estratos sociales y culturales y que sirven, en consecuencia, a estrategias argumentativas diferentes.[33]

Este carácter atemporal de los conceptos aparece en leyes y constituciones. Lo hemos visto en los casos de Croacia y Hungría. También los encontramos, y esto interesa a Hespanha, en la historiografía jurídica, que también ha

28 Fögen (2002) 10.
29 Hespanha (2004).
30 Hespanha (2004) 42.
31 Hespanha (2004) 43.
32 Hespanha (2004) 43.
33 Hespanha (2004) 43.

generado a lo largo del tiempo discursos legitimadores de proyectos políticos. Tengamos en cuenta el papel de esta disciplina en la formación de los actores jurídicos. Como recordaba recientemente Lena Foljanty, « el derecho no solo está configurado por normas, instituciones e ideas sino también por estructuras de pensamiento jurídico enraizadas en la tradición ».[34] Estas se reproducen también a través de la enseñanza del derecho, en la que la historia tiene un lugar.

Toda reconstrucción del pasado es, en realidad, construcción o invención. Es, usando a De Giorgi, la construcción de un segundo tiempo pasado.[35] Como explicaré más adelante, reconstruir el pasado implica utilizar unas lentes del presente y, por tanto, proyectar determinadas concepciones del mundo presente. Para mi propósito interesa sobretodo la función en el presente de la historia que la metodología que usa esta.

En este sentido, no interesa aquí diferenciar entre historia académica e historia no académica. En ocasiones, las leyes se apoyan en un pasado reconstruido por visiones canónicas de la historia. En otras se basan en lo que François Dosse[36] llamó « historia en migajas »: la que está contenida en documentales de televisión y libros producidos para el gran público. Pese a no tener el rigor de los libros científicos, esta « histoire en miettes » suele tener un impacto en la sociedad y en la política. Dosse advertía contra el desprecio a esta historia señalando que transmite valores e ideología.

No deberíamos despreciar la historia vulgar o poco científica que escribe el legislador, aunque adopte la forma de propaganda o se refiera a mitos demostradamente falsos. Nos interesa no lo que pudo suceder en el pasado sino el efecto de la invención del pasado en la construcción de la realidad en las sociedades del presente.

Christian Giordano, antropólogo de la historia, habla de « historia actualizada » (*actualized history*) para referirse a la construcción que los actores sociales hacen del pasado en el presente y explica las funciones de esta operación.[37] Para el antropólogo, esta actualización del pasado sirve para crear o mantener mitos fundacionales que, a su vez, ayudan a reforzar el

34 Foljanty (2015) 6.
35 De Giorgi (2004) 143.
36 Dosse (2010).
37 Giordano (1996).

consenso social alrededor de una determinada institución o proyecto político.[38] Además, la historia actualizada puede servir para destruir el pasado, esto es: eliminar aquellos elementos del pasado que a los ojos del presente resultan bárbaros y crueles, y para justificar una supuesta reversibilidad del pasado: volver a lo que supuestamente sería el estado de cosas de un momento anterior.[39]

Giordano, apoyándose en Michael Herzfeld, critica el carácter peyorativo que a partir de la obra de Hobsbawm y Ranger se le ha dado al concepto de « invención ».[40] Esta palabra sugiere una dolosa elaboración de una falsedad histórica cuando, en realidad, como demuestra Giordano, este proceso de invención afecta a toda reconstrucción del pasado, científica o no, y mezcla elementos reales con otros que se han ido creando, consciente o inconscientemente a lo largo de los años.[41]

Y es que la historia actualizada, como señala Giordano, es « historia interiorizada en uso ».[42] Se caracteriza por su propia formación de símbolos, mitos, construcciones e invenciones. Puede servir como instrumento de dominación, estrategia de resistencia, objeto de identificación, elemento de cohesión social o detonador de conflictos colectivos. En todo caso, y siguiendo a Clifford Geertz, « toda colectividad tiene un capital cognitivo referido a su propio pasado que representa la base de una particular conciencia o sensibilidad histórica ».[43] La « historia actualizada » es por ello un componente esencial en los procesos sociales básicos en los que los miembros de la colectividad están involucrados.[44]

Una importante manifestación de esta historia actualizada se da claramente en la creación y re-producción de mitos fundacionales. Giordano pone el ejemplo del juramento de Grütli, que ha sido considerado como momento fundacional de la Confederación Helvética. El pacto supuestamente celebrado en 1291 entre representantes de tres territorios no es el más antiguo ni el mejor documentado de esa época. Pero fue celebrado por tres territorios

38 Giordano (1996) 100.
39 Giordano (1996) 102.
40 Herzfeld (1991) 12, 46, 205.
41 Giordano (1996) 101.
42 Giordano (1996).
43 Geertz (1983) 175. Litado por Giordano (1996).
44 Giordano (1996) 106.

considerados el corazón de la nación y por esa razón se celebra este y no otro pacto entre cantones.

Otro caso de actualización de la historia según Giordano consiste en la destrucción del pasado. Esto se consigue, entre otras cosas, eliminando del callejero y del espacio público las referencias a un determinado periodo histórico. Esto sucedió por ejemplo en la República Democrática de Alemania, en la que se eliminaron las referencias a la historia alemana anterior a 1945.[45] De esta manera se reforzaba el consenso social alrededor de un régimen que supuestamente había superado completamente el nazismo.

La historia actualizada se manifiesta en ocasiones, según Giordano, como « pasado reversible », es decir: mostrando la posibilidad de restaurar periodos anteriores. Esto sucede por ejemplo en la actual República Federal de Alemania, que con la destrucción del patrimonio de la RDA y la reconstrucción de edificios del periodo anterior a 1945 intenta presentar la historia de la RDA como un accidente.

Giordano hace referencia a la función social de la historia y solo de forma implícita se refiere al papel de los valores éticos en este proceso de selección, manipulación o destrucción de acontecimientos del pasado. Este aspecto resulta de enorme importancia en nuestro momento actual en el que toda sociedad, democrática de facto o en apariencia, pretende estar basada sobre principios como la democracia, los derechos humanos y la lucha por la emancipación.

En estos procesos de creación del pasado la imaginación es muy importante. Para Giordano es inevitable una consciente o inconsciente combinación de imaginación y realidad en la narración del pasado.[46] Y de nuevo debemos estar prevenidos contra la crítica a la imaginación: una capacidad intelectual que habitualmente se relaciona con la literatura, el arte y, también, con la infancia. La imaginación es determinante en la toma de decisiones del ser humano. Para entenderlo pueden ayudar algunas ideas de la economía o de la sociología de la economía. Como afirmaba recientemente Jens Beckert,

45 Giordano (1996) 103.
46 Giordano (1996) 103.

> la capacidad de ficción de los humanos es una Fuente de innovación y novedad. Los humanos pueden imaginar un mundo diferente al existente y" vivir" en ese mundo a través de representaciones mentales. (...) La capacidad de los humanos de imaginar cosas que nunca fueron puede contribuir a la [creación de] situaciones futuras a través de acciones que las motiven.[47]

En la economía y también en la sociedad en general la capacidad de imaginar el futuro determina decisiones fundamentales en el presente. Pero no todo producto de la imaginación debe identificarse con una utopía a la que deben dirigirse todas las acciones del ser humano. Como afirma Beckert,

> Las expectaciones ficticias no son teleológicas en el sentido de que los actores fijan un estado futuro en su mente y todos los pasos tomados derivan de esta representación de un objetivo. Los imaginarios y los formas de actuar surgen en un proceso de influencia recíproca en el cual los objetivos y los medios se comunican e influyen mutuamente, de acuerdo a las experiencias de la situación y a su interpretación.[48]

Esta referencia al futuro se puede relacionar con lo que François Hartog llama « futurismo »: la tendencia a hacer referencias al futuro que puede darse en el arte, la política o en las ciencias sociales.[49]

Un ejemplo de "futurismo jurídico" lo encontraríamos en el preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn. Esta norma, concebida como provisional por las circunstancias históricas y por la división de Alemania, comienza diciendo

> Conscientes de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, inspirados por la voluntad de preservar la unidad nacional y estatal, para servir a la paz mundial como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida el pueblo alemán (...) para darse una nueva regulación de la vida estatal por un periodo transitorio...

Se hace referencia a un « periodo transitorio » que duraría hasta la consecución de la « unidad nacional y estatal ». En su preámbulo, a Constitución actual dice expresamente que los alemanes « han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán ».

François Hartog, al que ya he citado en varias ocasiones, acuñó el concepto « régimen de historicidad » para referirse a la construcción que realiza una sociedad de su propio pasado pero también el proceso mediante el cual

47 Beckert (2011) 24.
48 Beckert (2011) 24.
49 Hartog (2002) 149.

un sujeto, en base a la historia, toma conciencia de su comunidad humana.[50]

Eric Hobsbawm y Terence Ranger hicieron referencia a los valores al analizar lo que bautizaron con éxito como « invención de la tradición ». Afirmaban estos autores que la « tradición inventada » implica un grupo de prácticas, normalmente gobernadas por reglas aceptadas abierta y tácitamente y de naturaleza simbólica o ritual, que buscan inculcar determinados valores o normas de comportamiento por medio de su repetición, lo cual implica automáticamente continuidad con el pasado.[51]

Los autores británicos dejaron de lado la invención de la tradición por parte de las ciencias sociales y del derecho. Pero su definición y análisis de estos fenómenos nos resulta igualmente útil. La repetición de rituales, estudiada por ambos, se da también en el ámbito institucional y en el jurídico. Los rituales del 11 de septiembre, el nombre y los vestidos de gala de la policía catalana o la arquitectura del barrio gótico buscan precisamente un relato histórico de continuidad con una comunidad que, a decir del preámbulo del Estatuto de Cataluña de 2006, ha tenido « a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno ».

Recapitulando lo visto hasta ahora podemos concluir que el historicismo jurídico consistiría en la actualización del pasado o la historia actualizada que opera a través de discursos jurídicos, ya sean leyes, sentencias o textos doctrinales o histórico-jurídicos. Este historicismo tiene una función legitimadora: sirve para señalar un origen de la comunidad que produce el derecho, puede buscar reforzar o crear consenso social alrededor de una norma o puede pretender señalar o subrayar unos valores éticos recogidos por el ordenamiento jurídico o por una norma en su conjunto.

Construir desde la historia del derecho un discurso que analice el historicismo jurídico implica previamente trascender una determinada concepción de la historia del derecho. Si concebimos a esta como una historia legalista, estatalista y que explica una progresión lineal del derecho, no cabe un discurso crítico sobre el historicismo que, en términos generales, sigue esta idea de progresión linear. El carácter estatalista y legalista de cierta historiografía jurídica supone también un obstáculo para este propósito al reducir el derecho a la ley sin tener en cuenta la dimensión cultural y

50 Tomo prestada la traducción oficial de la *Grundgesetz* de la página web del Bundestag https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf.

51 Hobsbawm, Ranger (2002) 8.

simbólica de la misma. Debemos por tanto superar el carácter uniforme, unidimensional y no conflictivo del derecho para poder analizar la dimensión historicista del mismo.

La perspectiva global y transnacional que desde Frankfurt propone Thomas Duve para la historia del derecho resulta de utilidad para acercarnos a experiencias jurídicas como la que aquí estudiamos. El cuestionamiento de la historiografía tradicional que plantea nos permite dar un salto y observar la dimensión cultural del derecho. La crítica a una aproximación demasiado simplista al fenómeno de los trasplantes jurídicos permite indagar en la multidimensionalidad de los discursos jurídicos. Es decir: tratar el derecho no solamente como discurso normativo sino también como discurso cultural, simbólico y político.[52]

En este sentido el mismo Thomas Duve, desde esta perspectiva y en su propuesta de arqueología de la disciplina, ya indica como la propia *europäische Rechtsgeschichte* aparece en un determinado contexto científico y político, el de la Alemania posterior a 1945.[53] El nuevo papel de la RFA en la construcción de la Comunidad Europea explica la visión de Europa y del derecho subyacente a la disciplina que se desarrolla en Frankfurt.

En este sentido resultan de utilidad propuestas como las de Nikolaus Linder e Inge Kroppenberg de superación del legalismo y de uso de la antropología. Según estos autores

> el derecho moderno no es tanto un orden normativo, y mucho menos uno universal, como un sistema de creencias cuyas reglas "no solamente regulan comportamientos [sino que] además las construyen", como mantiene Clifford Geertz, su "poder imaginativo o constructivo o interpretativo está enraizado en los recursos culturales colectivos más que en las capacidades de los individuos".[54]

Comparto con estos autores que la racionalidad weberiana no es neutra y que, por tanto, no sirve para analizar el derecho desde el punto de vista que aquí nos interesa. Su propuesta en cambio incide en el carácter cultural y formativo del derecho y, en este sentido, nos permite analizar el valor cultural, simbólico y político del derecho y su relación con la sociedad. Linder y Kroppenberg critican a Luhmann por su planteamiento de que el sistema

52 Duve (2014) 51.
53 Duve (2012) 21.
54 Kroppenberg, Linder (2014) 75.

jurídico necesita para funcionar que aquello que no tiene sentido según sus propios estándares no sea tratado como derecho.[55]

Linder y Kroppenberg proponen estudiar el derecho como « forma simbólica, como matriz y como lugar de memoria de lo político ».[56] Esta nueva posición nos permite acercarnos a la construcción del pasado que hacen las "canciones de la ley", las leyes de memoria trascendiendo su función normativa para investigar de qué manera inciden estas actualizaciones del pasado en la formación de una cultura colectiva en el presente.

Podemos concluir esta parte introductoria con las siguientes ideas básicas: (i) el derecho no es un producto racional solamente normativo sino que es producto de la cultura y a su vez tiene un carácter formativo de la cultura; (ii) el derecho como sistema social actualiza el pasado: utiliza discursos que construyen un pasado. Este mecanismo podemos llamarlo memoria del derecho.; (iii) la (re)construcción de la historia por parte del derecho puede tener dos funciones que pueden desarrollarse simultáneamente: legitimarse a sí mismo, generar consenso social e incidir en la construcción de una cultura o identidad colectiva o generar unos valores de la comunidad a la que se impone la norma; (iv) la historia actualizada por el derecho puede manifestarse mediante la creación o transmisión de un relato sobre el origen de la comunidad y trazando una línea de continuidad entre el pasado y el presente.

Buscando la historia en el derecho: la canción de la ley

Son muchas las formas que utiliza el derecho para construir el pasado. Sería difícil realizar una lista exhaustiva de las experiencias jurídicas que en un momento o en otro han realizado esta invención de la historia. En las siguientes páginas quisiera analizar dos tipos de actualización de la historia por el derecho: los preámbulos legislativos, y analizaré con detalle los presentados en la primera parte de este texto, y las leyes de memoria.

Marie Theres Fögen analizó la naturaleza y función de los preámbulos de las leyes en su obra *La canción de la ley*,[57] en alemán *Das Lied vom Gesetz*.[58]

55 Kroppenberg, Linder (2014) 76.
56 Kroppenberg, Linder (2014) 77.
57 Fögen (2012).
58 Fögen (2006).

Allí desarrolla ideas ya presentadas en una obra de 1995 en inglés: *The Legislator's Monologue*.[59] En el título en castellano y en alemán, utiliza una expresión de Platón referida a los preámbulos, los antecedentes históricos, introducciones o exposiciones de motivos que a lo largo de la historia se han colocado antes del articulado de una ley para presentarlo, interpretarlo o justificarlo. Nos interesa la canción de la ley porque en muchas ocasiones es el medio utilizado por el legislador para crear historia

Escribe Fögen que los preámbulos tuvieron una vida exitosa durante siglos, desde la Antigüedad hasta la Revolución francesa, momento en el que se consideró que la ley debía contener prescripciones y no justificaciones de tipo estético o moral.[60] Durante el nacionalsocialismo, los preámbulos volvieron a ser utilizados profusamente.[61] La nueva República Federal Alemana eliminó la canción de la ley que ahora recupera su prestigio tanto en Alemania como en el derecho europeo.[62]

Según Fögen el « texto antes de la ley se convirtió en la mejor oportunidad de un gobernante para expresar su idea sobre sí mismo, su país y los principios básicos del gobierno ».[63] Para « los preámbulos realizaban el trabajo que más tarde harían las constituciones ».[64] Pero en realidad, las constituciones, estatales o regionales, utilizan especialmente la canción de la ley.

¿Qué objetivo tienen estos preámbulos? Según Fögen, embellecer la ley: transmitir ideas y valores que no pueden aparecer en el articulado. Hacen referencia a principios, valores, a la humanidad o a la comunidad nacional o regional. También a la historia. En las siguientes páginas analizamos dos de las funciones de la construcción histórica en los preámbulos: la creación o difusión de un origen mítico de la comunidad y la creación o transmisión de valores de esta comunidad.

1.- En los preámbulos es frecuente que el legislador lleve a cabo una construcción del pasado. Abundan las referencias a momentos fundacionales. Lo vimos en las constituciones de Croacia, Hungría y en el Estatuto de Cataluña. En estos casos se parte de la continuidad terminológica de palabras

59 Fögen (1995).
60 Fögen (2012) 11 y ss.
61 Fögen (2012) 16.
62 Fögen (2012) 19 y ss.
63 Fögen (1995) 1603.
64 Fögen (1995) 1603.

como nación, Cataluña, Hungría o Croacia para afirmar que el origen de la nación no está en el texto constitucional o en textos constitucionales precedentes sino en un pasado remoto, normalmente la Edad Media.

El caso croata destaca por la importancia de los « fundamentos históricos » que ocupa más de una página. Es por tanto lo primero que se encuentra el lector. Como avanzaba en la introducción, según la Constitución la existencia del Estado croata se fundamenta en

> la identidad nacional milenaria de la nación y el Estado croatas y la continuidad de su estado (*Statehood*) confirmada a lo largo del curso de toda su experiencia histórica así como en la perpetuación y el desarrollo de la idea de construcción del Estado basada en el derecho histórico de la nación croata a la plena soberanía.[65]

Sigue un elenco de hechos históricos presentados como prueba de la existencia milenaria de Croacia. Entre estos se presenta la creación de los principados croatas en el siglo VII y el estado independiente medieval del siglo IX y diez episodios más, siendo el último « el rechazo del régimen comunista » y la guerra de liberación de 1991 a 1995.[66] Sigue la parte de fundamentos históricos estableciendo solemnemente que en base a

> estos hechos históricos y a los principios universalmente aceptados que gobiernan el mundo contemporáneo y al inalienable e indivisible, no transferible y perpetuo derecho de la nación croata a la libre determinación y a la soberanía estatal…. Se establece por la presente el Estado nacional de la nación croata.[67]

Sin duda, la función de esos fundamentos es legitimar la existencia de Croacia como Estado haciendo referencia a un origen de la estatalidad croata, los principados del siglo VII, y a su continuidad desde entonces. En la parte final de esta introducción, estos « hechos históricos » antecedan a « los principios universalmente aceptados que gobiernan el mundo contemporáneo » a la hora de justificar el « derecho de la nación croata a la libre determinación y a la soberanía estatal ».

En el preámbulo de la Constitución húngara, también citada en la introducción, se establece lo siguiente:

65 Constitución de Croacia, cit.
66 Idem.
67 Idem.

> Estamos orgullosos de que nuestro Rey San Esteban construyó el Estado húngaro con bases sólidas e hizo de nuestro país una parte de la Europa cristiana hace mil años.
> Estamos orgullosos de que nuestros antecesores lucharan por la supervivencia, la libertada y la independencia de nuestro país.
> Estamos orgullosos de los destacables logros intelectuales del pueblo húngaro.
> Estamos orgullosos de que durante siglos nuestro pueblo defendió a Europa en una serie de luchas y que enriquecieron los valores comunes de Europa con su talento y diligencia.[68]

Según esta canción fue el Rey San Esteban quien « construyó el Estado húngaro » en el siglo XI y quien unió Hungría a Europa. El territorio de Hungría siempre ha sido europeo pero con San Esteban sus habitantes se convirtieron al Cristianismo, con lo cual se da aquí una identificación entre un ámbito geográfico y una religión.

A esta declaración de orgullo por la historia milenaria de Hungría le siguen otras referencias al pasado:

> Honramos los logros de nuestra constitución histórica y honramos asimismo la Sagrada Corona que expresa la continuidad constitucional del Estado de Hungría y la unidad de la nación.
> No reconocemos la suspensión de nuestra constitución histórica debida a ocupaciones extranjeras. Negamos cualquier estatuto de limitaciones por los crímenes inhumanos cometidos contra la nación húngara y sus ciudadanos bajo las dictaduras nacionalsocialista y comunista.
> No reconocemos la constitución comunista de 1949 porque fue la base de una tiranía y por tanto al declaramos inválida.[69]

En este caso también se habla de una continuidad nacional e institucional milenaria interrumpida por invasiones extranjeras: la nacionalsocialista y la soviética que, a decir de esta declaración, no habrían contado con ninguna complicidad por parte de Hungría y serían totalmente ajenas a su historia. La nación húngara, de esta forma, no se identifica con la opresión sino con la lucha por la identidad cristiana.

En estos casos, el constituyente no solo utiliza la historia para embellecer la ley, para darle más fuerza y generar consenso en torno a ella. Sin entrar a valorar los efectos que pueda tener en la aplicación de las normas de derecho, está claro que la proyección de una identidad y de una historia sobre una

68 Constitución de Hungría, cit.
69 Idem.

comunidad humana, la nación húngara del siglo XXI, está creando esta identidad colectiva de una comunidad « orgullosa de su historia ».

Estos textos buscan « impulsar la historia como medio para revelar el espíritu nacional – si eso ha existido alguna vez »,[70] algo que António Hespanha criticó en 2004 por los graves problemas metodológicos que implica.

En el caso de Cataluña encontramos también referencia a los orígenes y al desarrollo de las instituciones catalanas. Así comienza el preámbulo:

> Cataluña ha ido construyéndose a lo largo del tiempo con las aportaciones de energías de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas, que han encontrado en ella una tierra de acogida.
> El pueblo de Cataluña ha mantenido a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno, encarnada en instituciones propias como la Generalitat -que fue creada en 1359 en las Cortes de Cervera- y en un ordenamiento jurídico específico recogido, entre otras recopilaciones de normas, en las « Constitucions i altres drets de Catalunya ». Después de 1714, han sido varios los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno. En este itinerario histórico constituyen hitos destacados, entre otros, la Mancomunidad de 1914, la recuperación de la Generalitat con el Estatuto de 1932, su restablecimiento en 1977 y el Estatuto de 1979, nacido con la democracia, la Constitución de 1978 y el Estado de las autonomías.

Según la canción de la ley, el pueblo catalán desde tiempos remotos siempre habría tenido una « vocación constante de autogobierno ». Se proyectan unas determinadas características y categorías del presente como pueblo, autogobierno al pasado medieval. Se traza asimismo una línea de continuidad del derecho y de las instituciones catalanas que, partiendo de la Edad Media, llegaría hasta 1714, fecha de pérdida de las libertades.

1714 es para la sociedad, para parte de la historiografía y también para el derecho catalán una fecha simbólica que marca un antes y un después, el final de una etapa histórica y el comienzo de una nueva. Es lo que François Hartog llama brecha.[71] El historiador francés habla de « régimen de historicidad » para referirse a « un orden dominante del tiempo... una forma de traducir y de ordenar las experiencias del tiempo – maneras de articular el pasado, el presente y el futuro – y de darle sentido ».[72] En este sentido podríamos hablar de un "régimen de historicidad catalana" o "régimen catalán de historicidad" en el que 1714 supondría una brecha entre un tiempo

70 Hespanha (2004) 42.
71 Hartog (2002) 21.
72 Hartog (2002) 147.

pasado pero en el que Cataluña gozaba del autogobierno, vocación centenaria del pueblo catalán, y un tiempo posterior a 1714, más moderno por tanto pero en el que Cataluña carece de autogobierno.

El preámbulo hace referencia a la pérdida de autogobierno de 1714 y a un « itinerario histórico » posterior constituido por « los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno ». Se habla por tanto de un itinerario (« recuperación de las instituciones de autogobierno ») pero no se expresa si este ha sido concluido ya. Parecería que el legislador quisiera expresar que la vocación de autogobierno está demediada desde 1714 y que su realización no se ha producido por completo. Esta reconstrucción de la historia, compartida por discursos políticos y también por cierta historiografía jurídica, mira al pasado libre anterior a 1714 y al futuro en el que se recuperará el autogobierno perdido en esa fecha.

Pero fijémonos en el primer párrafo de ese mismo Preámbulo: « Cataluña ha ido construyéndose a lo largo del tiempo con las aportaciones de energías de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas, que han encontrado en ella una tierra de acogida ». A diferencia de lo que ocurre con las constituciones húngara y croata, en el estatuto catalán no hay una identidad nacional invariable sino un grupo humano surgido de las « aportaciones de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas ».

2.- Hemos visto hasta aquí tres casos de historicismo jurídico que crea o proyecta un mito fundacional, un momento original de la comunidad política. La invención de la historia también puede servir para crear y/o transmitir valores a través del recuerdo de episodios heroicos o del sufrimiento de un grupo de sujetos. Obviamente, la transmisión de valores también puede operar mediante la creación de un origen mítico. Analizo a continuación tres casos en los que se transmiten valores a partir de la creación de episodios históricos que no coinciden con ese origen mítico. Son casos en los que la máxima *historia magistra vitae* se ve reflejada.

Un primer caso sería el ya citado Estatuto catalán de 2006. Esta norma nos brinda un primer ejemplo. En él encontramos referencias expresas a valores que fueron creados durante un proceso histórico y que han perdurado en la actualidad. Leemos en la canción de esta ley lo siguiente:

> La libertad colectiva de Catalunya encuentra en las instituciones de la Generalitat el nexo con una historia de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos; historia que los hombres y mujeres de Catalunya quieren proseguir con el fin de hacer posible la construcción

> de una sociedad democrática y avanzada, de bienestar y progreso, solidaria con el conjunto de España e incardinada en Europa.

La historia catalana se presenta aquí como una historia « de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos » que continúa en la actualidad y que tiene como objetivo valores como la democracia, el bienestar, el progreso y la solidaridad. El elemento futurista vuelve a aparecer en este párrafo al decir que « los hombres y mujeres de Cataluña » quieren proseguir la historia. No existen cesuras en la larga historia de Cataluña y existen un rasgo del pueblo catalán, su carácter luchador por la libertad, que encuentran su origen al menos en los tiempos de creación de la Generalitat, en la Edad Media.

Otro caso de historicismo que nos interesa aquí es el ya citado preámbulo a la ley española de 2015 que reconoce la nacionalidad a los sefardíes originarios de España.[73] En él se hace un interesante recorrido por la historia de la relación entre España y el mundo judío en los siglos XIX y XX. Este preámbulo recoge las ideas más importantes del filosefardismo decimonónico y trata de incidir en la construcción de una identidad colectiva española.

El preámbulo hace referencia específica al Holocausto. Usando un lenguaje anticuado dice que « el sacrificio brutal de miles de sefardíes es el vínculo imperecedero que une a España con la memoria del Holocausto ». En mi opinión la voluntad del legislador aquí es vincular la memoria colectiva de España con lo que Natan Sznaider y Daniel Levy llaman la memoria global del Holocausto.[74] Se trata de modelar mediante una memoria creada un discurso insertable en la cultura cosmopolita de la memoria y también atribuir a un colectivo, la sociedad española, los principios y valores que se le atribuyen a la memoria de la Shoá a partir de los años 80: respeto a los derechos humanos y a la diversidad, rechazo al racismo y al antisemitismo.[75]

El preámbulo se refiere a la labor humanitaria de diplomáticos que salvaron miles de vidas usando un decreto de 1924 que permitió nacionalizar a unos 4000 judíos sefardíes. Aquí el legislador también sitúa a España en el lado de los "justos entre las naciones" escondiendo la ambivalente posición de Franco durante el Holocausto que, si bien permitió salvar a unos miles en

73 Aragoneses (2016) 1 y ss.
74 Sznaider, Levy (2002).
75 Stokholm Banke (2009).

los años finales de la guerra, abandonó a miles de judíos en las manos de sus verdugos y colaboró desde un inicio con el régimen nazi.[76]

En este preámbulo vemos como se construye la historia, rescatando algunos hechos y ocultando otros, con la finalidad de proyectar unos valores y una memoria que son los de la memoria global y que transmite a su vez unos determinados principios. Es difícil resistir a la fuerza de una cultura de la memoria que se extiende por todos los países del mundo, afectados directamente o no por el Holocausto y que, como decía, constituye una cultura cosmopolita y global.

Otro ejemplo de disposiciones que proyectan unos valores y principios éticos o políticos lo encontramos en varias normas de Derecho europeo y de forma especial en los tratados fundacionales. Sabemos que la creación de las comunidades europeas en los años 50 del siglo XX respondía especialmente a motivos económicos, pero el discurso legitimador basado en la referencia a la paz y a los desastres de las guerras pasadas jugó una importante función. En el tratado de la Unión Europea de 1992 todavía encontramos referencias a la historia y a los valores que esta enseña:

> Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho,
> Recordando la importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa…
> Deseando acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones…
> Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa…
> Han decidido crear una Unión Europea.

« Valores universales » como « los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho » son producto de la evolución histórica que se ha dado en Europa. Son la « herencia cultural, religiosa y humanista de Europa », de modo que se hace una referencia general a la historia de Europa. Pero aquí la herencia del pasado toma forma en valores como la democracia y los derechos humanos. Esto implica seleccionar solamente aquellos acontecimientos de la

76 Aragoneses (2016).

historia reciente de Europa que evocan esos mismos valores y excluir los que no lo hacen.

Se nombra solamente el episodio de « la división del continente europeo » que ha llegado a su fin. Tratándose de un texto de 1992, el legislador europeo se está refiriendo claramente a la división en bloques entre 1949 y 1989, obviando otras divisiones anteriores.

Vemos por tanto que el derecho aquí crea historia, selecciona episodios a recordar y otros que deben ser olvidados con el objetivo de proyectar unos valores positivos sobre Europa y su historia.

Recientemente las instituciones europeas han girada la vista hacia el pasado, aprobando diversas declaraciones sobre el valor actual de episodios históricos. El Parlamento Europeo ha emitido en los últimos años diversas declaraciones pronunciándose sobre el pasado reciente de Europa. Si bien no estamos ante casos de "canciones de la ley" hemos de tener en cuenta su valor normativo e inspirador de otras normas.

Antes me he referido a la declaración del Parlamento Europeo estableciendo el 23 de septiembre como día de recuerdo de las víctimas del nazismo y el estalinismo,[77] la que fue aprobada recordando el Holodomor,[78] o la resolución sobre conciencia europea sobre el totalitarismo.[79] En todos estos casos se actualizan episodios del pasado con el objetivo de honrar a las víctimas y de actualizar los valores que transmite su memoria. Estos valores serán diferentes según como se realice la reconstrucción del episodio histórico en cuestión.

En la declaración del Parlamento europeo de 23 de septiembre de 2008 que impone la conmemoración de las víctimas del nazismo y del estalinismo hace referencia al régimen hitleriano para recordar que « el Pacto Molotov-Ribbentrop de 23 de agosto de 1939 entre la Unión Soviética y Alemania dividió Europa en dos esferas de intereses mediante protocolos secretos adicionales ».[80]

77 Parlamento Europeo: Declaración de 23 de septiembre de 2008 sobre proclamación del 23 de septiembre como Día Europeo Conmemorativo de las Víctimas del Estalinismo y del Nazismo, cit.

78 Parlamento Europeo: Resolución de 23 de octubre de 2008 sobre la conmemoración del Holomodor, cit.

79 Parlamento Europeo: Resolución de 2 de abril de 2009 sobre conciencia europea sobre el totalitarismo, cit.

80 Parlamento Europeo: Declaración del 23 de septiembre de 2008, cit.

La declaración equipara « las deportaciones, los asesinatos y la esclavización de masa » del nazismo y del estalinismo para acabar recordando que estos episodios de la ocupación soviética « son poco conocidos en Europa ».

En este caso el creador de la norma unifica todos los regímenes del Este de Europa entre 1945 y 1989 y los equipara al nazismo. De esta manera se están transmitiendo también unos valores y un determinado modelo político y económico. Sin duda la norma busca rememorar las víctimas del estalinismo y equipararlas con las víctimas del nazismo, incluidas las del Holocausto. Recordemos que, en la cultura actual, la Shoá tiene una enorme fuerza generadora de consensos. Pero de alguna manera esta actualización del pasado lleva a cabo, hasta cierto punto, una destrucción de la historia en palabras de Giordano. Se identifica estalinismo con nazismo ocultando que el régimen soviético fue aliado de democracias occidentales en la lucha y derrota del nazismo en Europa y eliminando asimismo episodios como el de la dictadura franquista.

Conclusiones: la historia en el derecho hoy

En las páginas precedentes hemos presentado la importancia del historicismo jurídico en el tiempo "presentista" actual. La invención del pasado y su transmisión siguen siendo un mecanismo de autolegitimación de los sistemas sociales, incluido el derecho. Este historicismo jurídico puede aparecer en preámbulos de normas, en su articulado, en sentencias o en la literatura histórico-jurídica que sirve para formar a los juristas.

La construcción del pasado puede servir para legitimar el derecho, pero también crea y modela la comunidad sobre la que se aplica: generando o transmitiendo un origen mítico, (re)creando episodios de heroicidad o de sufrimiento también se pueden proyectar valores sobre el grupo humano que genera el derecho pero que es influido por él. Por tanto, a la hora de estudiar la identidad colectiva de un determinado grupo y sus transformaciones, resulta fundamental el estudio de los discursos políticos pero también de la literatura como ya hacen algunos autores.[81] Creo que también deberíamos añadir los discursos del derecho.

81 Miralles (2016) 18.

El historicismo jurídico es un fenómeno que puede tener más o menos relevancia pero ha sobrevivido a diferentes periodos y a diferentes "brechas". Nada indica que este fenómeno vaya a desaparecer. Convendría analizar la influencia que estas creaciones del legislador pueden tener en la construcción de la realidad jurídica y social en el presente y en el pasado.

Ninguna invención de la historia es neutra. En el contexto actual es difícil que el legislador nacional muestre en el articulado de las leyes su lado menos agradable. Si lo hace, le queda la canción de la ley. Y le queda la historia.

Bibliografía

Andreu Miralles, Xavier (2016), El descubrimiento de España. Mito romántico e identidad nacional, Barcelona

Aragoneses, Alfons (2016), Convivencia and filosefardismo in Spanish Nation-building, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2016–05, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2798054

Beckert, Jens (2011), Imagined Futures. Fictionality in Economic Action, Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 2011–8

Belavusau, Ulad, Gliszczynska-Garabias, Alexandra (Eds.) (2017), Law and Memory. Towards legal Governance of History, Cambridge, 1–26

Cerdà Serrano, Jordi (2015), Historicismo y legalismo en los discursos franquistas sobre la monarquía española. La Ley de sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, in: Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 32, 98–126

Contreras Peláez, Francisco J. (2005): *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid

De Baets, Antoon (2017), The United Nations Human Rights Committee's View of the Past in: Belavusau, Ulad, Alexandra Gliszczynska-Garabias, Memory Laws, Cambridge (en prensa)

De Giorgi, Raffaelle (2004), Rom als Gedächtnis der Evolution, in: Rechtsgeschichte, 4, 142–161, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/142–161

Dilcher, Gerhard (2016), The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 24, 20–72, http://dx.doi.org/10.12946/rg24/020–072

Dosse, François (2010), Histoire en miettes, des *Annales* à la « nouvelle histoire », Paris

Duve, Thomas (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 20, 18–71, http://dx.doi.org/10.12946/rg20/018–071

Duve, Thomas (2014), European Legal History – Concepts, Methods, Challenges, in: Id. (Ed.), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 29–66, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Fernández Carvajal, Rodrigo (1955), El historicismo jurídico en España (1700–1850), tesis inédita, Universidad de Madrid

Fögen, Marie Theres (1995), The legislator's monologue. Notes on the history of preambles, in: Chicago-Kent Law Review 70, 1593–1620

Fögen, Marie Theres (2002), Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen

Fögen, Marie Theres (2006), Das Lied vom Gesetz, München

Fögen, Marie Theres (2012), La canción de la ley, Madrid. Traducción de Federico Fernández Crehuet

Fögen, Marie Theres (2002), Referenz Rom in der Evolution der Gesellschaft, en: Vismann, Cornelia(Hg.), Referenz Rom. Materialien, Frankfurt am Main, 9–14

Foljanty, Lena (2015), Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor, in: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2015–09, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682465

Fukuyama, Francis (1992), The End of history and the last Man, London

Geertz, Clifford (1983), Local Knowledge. Essays on interpretive anthropology, New York

Giordano, Christian (1996), The past in the present. Actualized history in the social construction of reality, in: Focaal 26–27, 97–107

Hartog, François (2012), Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps, Paris

Herzfeld, Michael (1991), A place in history. Social and Monumental town in a Cretan town, Princeton

Hespanha, António Manuel (2004), Legal History and Legal Education, in: Rechtsgeschichte, 4, 41–56, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/041–056

Hobsbawm, Eric, Ranger, Terence (2002), La invención de la tradición, Barcelona. Traducción castellana de Omar Rodríguez

Kroppenberg, Inge, Linder, Nikolaus (2014), Coding the Nation. Codification History from a (Post-)Global Pespective, in: Duve, Thomas (Ed.): Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 67–100

Lloredo Alix, Luis (2014), El Discurso Preliminar de Argüelles a la Constitución de 1812 y el historicismo jurídico en España, in: Revista de Historiografía 20, 157–169

Lloredo Alix, Luis (2015), Der spanische Savigny: zwischen Historismus, Nationalismus und Traditionalismus, in: Rückert, Joachim, Thomas Duve (Hrsg.): Savigny international?, Frankfurt am Main, 161–202

Luhmann, Niklas (1993), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main

Solla, Julia, Massimo Meccarelli (2016), Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction, in: Id. (Eds.), Spatial and Temporal Dimen-

sions for Legal History. Research Experiences and Itineraries, Frankfurt am Main, 3–36

Stokholm-Banke, Cecilia (2009), The legacies of the Holocaust and European identity after 1989, Danish Institute for International Studies Working Paper, 2009–36, http://www.diis.dk/en/node/1776

Sturmel, Philippe (2002), L'école historique française du droit a-t-elle existé?, in: Rechtsgeschichte 1, 90–121, http://dx.doi.org/10.12946/rg01/090–121

Sznaider, Natan, Levy, Daniel (2002), Memory Unbound: The Holocaust and the Formation of Cosmopolitan Memory, in: European Journal of Social Theory 5, 87–106

Eliana Augusti

Quale storia del diritto?

Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione

1. Niente di nuovo, un resoconto

Esistono temi che spingono lo storico del diritto a riflettere e a confrontorsi con altre sensibilità del sapere. Penso, per esempio, a quello dei *legal transplant*, categoria ormai esausta che è stata gradualmente erosa da ragionamenti di storia del diritto e di diritto comparato e che sollecitata dalle influenze *global*, ha di recente ceduto il passo alle logiche dei trasferimenti, della diffusione, dell'ibridazione, della contaminazione, e ha continuato a impegnare in un'analisi complessa soprattutto storici del diritto e comparatisti.[1] Al di là delle riflessioni intorno al singolo tema, però, ciò che emerge sempre più forte è l'idea del confronto interdisciplinare come momento imprescindibile di un qualsiasi lavoro di ricerca: fonte di nuovi spunti, oltre che di un innegabile e reale contributo alla riflessione sullo stato di "avanzamento" della disciplina, il dialogo impegna, chiarisce e risolve, portando i risultati dell'indagine ad un altro livello di apprezzabilità. Su questa linea, un invito ad un confronto sincero tra storici del diritto e comparatisti è stato anche quello del seminario ferrarese, invito capace di evincersi già dal titolo che si è voluto dare all'incontro: *Diritto* [due punti] *storia e comparazione*. *Nuovi propositi per un binomio antico.* Questo sia perché storia e comparazione sono state messe, forse provocatoriamente, l'una al fianco dell'altra, a voler sottolineare la pari dignità, il pari peso, la pari importanza che hanno avuto, hanno e, evidentemente, dovrebbero continuare ad avere davanti al diritto; diritto del quale finiscono con l'essere, grazie a quella punteggiatura, una specificazione ulteriore (il diritto è storia; il diritto è comparazione; e, deduzione inevitabile (?), la storia è comparazione). Sia perché, davanti a que-

1 Il testo anticipa i temi poi sviluppati in Augusti (2017) e Augusti (2016). Vedi anche Vano (2016).

st'asserzione, l'interrogativo *quale storia del diritto?* diventa ancora attuale, e si carica di una serie di problematicità dalle quali non si può prescindere per un'analisi efficace.

Se la storia del diritto, almeno da un trentennio a questa parte, ha messo da parte gli interrogativi sul suo progetto disciplinare, non è stato certo per cattiva volontà o per scarsa attenzione, né per colpevole autoreferenzialità o emarginazione disciplinare, ma solo per il fatto di non aver avvertito, di non aver vissuto con l'intensità con cui si avverte e si vive attualmente l'urgenza di un'autocritica, di una revisione, di un ripensamento (forse, anche questo) dell'oggetto della sua osservazione e del suo metodo di lavoro.

In realtà, una spinta simile a quella attuale si ebbe nella seconda metà degli anni Sessanta, quando dinamiche interne e un forte desiderio di rinnovamento scossero la cultura giuridica italiana ed europea. La tendenza fu, in quel momento, all'apertura: verso gli studi comparatistici, guardando per la prima volta anche al di là del mondo francese e tedesco; verso le "altre" storie. Una spinta « quasi [all']ibridazione », che però non penetrò la disciplina. La storia del diritto, tranne limitate eccezioni,[2] restò piegata sugli studi medievistici; la tradizione calassiana non parve subire alcun contraccolpo, anzi, ne venne fuori rigenerata, grazie al suo sguardo provvidenzialmente rivolto alla scienza giuridica della tarda età medievale.[3]

E quelle inquietudini non si concretizzarono neanche un decennio dopo, quando un nuovo vento di cambiamento soffiò sulla penisola stravolgendo gli stili di vita, i valori condivisi, le identità di genere: la cultura accademica non sembrò risentirne.[4] La curiosità e l'attenzione riservate alle scienze sociali[5] e, in particolare, alle sociologie, non smossero la storia del diritto, ancora non « troppo incline ad audaci sperimentazioni ».[6] Si diffusero pro-

2 Per una rassegna vedi Mazzacane (1976); Cortese (1982); Cavanna (1983); Ghisalberti (1989); ora, Costa (2016) 150 ss.

3 Quaglioni (2016) 147–148. Cfr. Calasso (1934); Grossi (2008) 45–46.

4 Costa (2016) 149–178.

5 Braudel (1966); nello stesso volume, Caracciolo (1966) dedicò un articolo a *Dell' "acculturation" e di alcuni nuovi indirizzi di ricerca*, sollecitando un intervento "dall'interno", per così dire, un intervento cioè che partisse dagli anni della formazione. Se manca l'*acculturation* al sociale, non si può pretendere che si maturi da un giorno all'altro una sensibilità in questo senso. Sempre suo sarà, quasi vent'anni dopo, l'ammonimento agli storici a « non chiudersi in se stessi » e ad aprirsi, piuttosto, « ai temi della società e, in particolare, della società del passato ». Così Grossi (1986) 151.

6 Costa (2016) 150. Per una cronaca del cambiamento, si vedano Berlinguer (1974); Mazzacane (1976); Cortese (1982); Cavanna (1983); Ghisalberti (1989).

grammi, si formularono nuove domande, si ipotizzarono « strategie euristiche », ma si dovette aspettare ancora, prima che tutto questo si traducesse « in diverse e anche contrastanti narrazioni storiografiche ».[7]

Nessuno voleva dimenticare l'audace « fucina del primo medioevo »[8] e, certamente, nessuno avrebbe voluto consegnare un « mandato a "dimenticare" il medioevo »: d'altronde, sarebbe stato come andare incontro « ad una curiosa prova di analfabetismo storiografico ».[9] Bisognava, semplicemente, uscire dall'*impasse* della percezione del cambiamento come negazione di ciò che si era stati, e abituarsi all'idea della necessità di un ripensamento del pensiero giuridico come fenomeno storico-culturale, « nelle sue manifestazioni tanto medievali quanto moderne ».[10] Fu questo l'invito di Adriano Cavanna, l'augurio con il quale si aprirono gli studi negli anni Ottanta. Finalmente si poteva guardare oltre senza rinnegare ciò che si era stati.

L'apertura al moderno non cambiò, però, di fatto, l'atteggiamento narrativo della storiografia: tanto per il medioevo quanto per le nuove suggestioni moderniste si continuò ad avanzare principalmente per microstorie. Era quello, d'altronde, il filone storiografico vincente,[11] col suo approccio di precisione, di lente, di microscopio e, al contempo, di grande coerenza e rigore metodologico. Un filone che proseguiva sul solco tracciato dalle prime generazioni di "storici-giuristi post-risorgimentali", da quelle generazioni cioè chiamate a contribuire al rafforzamento della raggiunta unità politica, all'opera di consolidamento dello Stato italiano, all'allargamento del consenso con la fissazione dei suoi fondamenti culturali e morali attraverso l'« invenzione di una tradizione » e la determinazione dei caratteri di un ordinamento e di un sapere giuridico « nazionale » pronto a confrontarsi con le maggiori esprienze europee.[12] Ciò che si era ricostruito e continuava a consolidarsi era il percorso giuridico, vagamente "eroico",[13] di *un*'italianità. E l'atteggiamento non cambiò anche quando si spostarono di poco più in

7 Costa (2016) 153.
8 Grossi (2008) 17.
9 Costa (2016) 155.
10 Cavanna (1983) 12–13.
11 Penso ai *Quaderni storici* (1966–) e all'iniziativa poi promossa da Carlo Ginzburg e Giovanni Levi negli anni Ottanta del Novecento, alla pratica dei "casi di studio" e alla forte suggestione che tutto questo esercitò sulla storiografia in quegli anni.
12 Mazzacane (1990) 16.
13 Grossi (2008) 17.

avanti i confini temporali dell'oggetto d'analisi. La *nouvelle histoire* avrebbe avvertito « un disagio » verso questo modo di svolgere il mestiere di storico, tutto dedito cioè alla « fredda esegesi del documento scritto », un modo che non avrebbe condotto da nessun'altra parte – riassumeva Grossi – che verso « la sepoltura archivistica del [suo] decifratore e descrittore ». Lo storico doveva essere sottratto al culto unilaterale e monopolitistico della *charte* ed entrare finalmente in contatto « con una gamma varia e viva di testimonianze del passato »: accanto a questo e al persistere di un pur doveroso atteggiamento critico, si sarebbe dovuto rivelare il suo apporto "umano", « d'una umanità completa [...] dove [avrebbero trovato] finalmente posto slancio, intuizione e fantasia ».[14]

Ad un certo punto, dunque, il nemico da combattere parve essere l'esegesi: bisognava « guardare dietro il documento per scoprire le trame, tutte le trame, di una società intera e, più ancora, di una civiltà ».[15] Ma l'apparente limite dell'approccio *à-la-chartre* (lo stesso che avrebbe prodotto, poi, una pregiatissima produzione storiografica medievistica, e non solo) non era riconducibile soltanto allo spazio di lavoro dello storico. Anche il tempo meritava una riflessione. Lo storico autentico, lo storico della civiltà, non poteva restare imprigionato nella breve durata, nelle "novità rumorose" del contingente:[16] doveva attivarsi per far sì che il continuare a scorrere della civiltà con i ritmi suoi propri, « quasi indifferente alle vicende bizzarre della superficie », non gli sfuggisse. Il suo tempo non era e non doveva essere quello « degli orologi delle torri e delle case »: era segnato da un altro corso, quello della "lunga durata", la stessa della quale aveva detto efficacemente Fernand Braudel negli anni Cinquanta.[17]

Insomma, nuovi colori, nuovi toni dovevano comparire sulla tavolozza di quel disegnatore straordinario che doveva essere il "nuovo storico". D'altro canto, bisognava provare a convincere che i giuristi-storici fossero degli interlocutori credibili e affidabili: se il sociologo si confermava come scienziato della società come fatto globale (ragione per la quale, tra le altre, aveva meritato anche l'attenzione dei "nuovi storici", innamorati com'erano della

14 Febvre (1953a); Febvre (1953b); Braudel (1973); Le Goff (1980) 11. Tutti citati in Grossi (1986) 7.

15 Grossi (1986) 7.

16 Braudel (1958) 60.

17 Grossi (1986) 8–9, 15–16.

"globalità dell'esperienza" e desiderosi d'abbattere finalmente le frontiere degli specialismi disciplinari), il giurista-storico doveva rientrare nel confronto interdisciplinare proprio grazie ai suoi propri strumenti di misurazione del mondo, a quegli occhi e quegli occhiali cioè che gli avevano regalato una dimensione relativamente autonoma del reale.[18]

Nell'aprile del 1985 si fece un passo importante in questa direzione: a Firenze si tenne una due giorni di studio su *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, una preziosa occasione per superare le reciproche diffidenze (e indifferenze), discutere il mestiere dello storico del diritto, il suo ruolo nel sociale, il suo rapporto con la materia e il rapporto della sua materia col diritto e con le scienze sociali. Un momento di riflessione fondamentale, a tuttotondo, che costrinse gli storici del diritto a fare il punto, a guardarsi dentro e intorno prima di affrontare con la giusta consapevolezza il cambiamento. Mario Sbriccoli fu uno dei pochi a intravedere con ottimismo l'interdisciplinarità come momento necessario, connotante il cambiamento. « Sarebbe bene – scriveva – realizzare una maggiore connessione tra la storia giuridica e la storia della società, celebrando tra di esse una sorta di matrimonio di interesse, per reciproca comodità ».[19] Non si poteva continuare a ignorare la condivisione dei contesti di studio, e la partecipata capacità di mettere a frutto i contributi delle stesse scienze sociali, dall'economia alla sociologia, dall'antropologia sociale all'etnologia. Il giurista avrebbe dovuto alzare più spesso la testa: « con l'occhio incollato al microscopio […] vede cose che gli altri non vedono e di cui molti ignorano persino l'esistenza; ogni tanto però egli dovrebbe capire dove sta l'oggetto della sua osservazione per dargli un senso, rimettendolo mentalmente al suo posto nel panorama di cui esso fa parte ». Sbriccoli indicava, quindi, una strada da imboccare con audacia: de-disciplinarizzare per salvaguardare la funzione produttiva della disciplina, per farsi capire meglio (anche dagli altri storici), per aprirsi meglio alla comprensione di ciò che fanno gli altri e, soprattutto, « per creare all'interno dei […] temi di lavoro ed oggetti di studio lo spazio necessario per l'ingresso di nuovi problemi storiografici, nuovi temi fecondanti, nuovi oggetti di ricerca ». Fatta salva l'autonomia della storia del diritto, « prima condizione di credibilità »,[20] de-disciplinariz-

18 Grossi (1986) 18, 13–14.
19 Sbriccoli (1986) 127.
20 Sbriccoli (1986) 136–137.

zare voleva dire "decolorarne" i caratteri distintivi, sinonimo sì di compattezza e omogeneità, ma anche, proprio per questo, di chiusura e indifferenza al resto. Come François Furet, Sbriccoli auspicava per lo storico del diritto il genio e il massimo « vagabondaggio in tutti i campi ».[21]

In questa stessa prospettiva si collocava l'esigenza di mettere a frutto il metodo comparativo nella storia giuridica. L'attenzione per le opere della Scuola storica tedesca lo aveva ampiamente dimostrato, di pari passo all'importanza della visione storica, della giurisprudenza e dei suoi compiti « attuali »,[22] del metodo critico e filologico. Consapevoli del fatto che un lavoro di questo tipo avrebbe comportato difficoltà importanti, prima fra tutte « la stipulazione di alcune *interfaces* e di standards comuni », con l'obiettivo di consentire e favorire lo scambio dei risultati, nonché il raccordo di linguaggi, quesiti e terminologia, Sbriccoli proponeva un intervento « di coordinamento dei modelli di ricerca, di omologazione delle categorie, di sincronizzazione delle periodizzazioni, di unificazione del metodo di formazione delle ipotesi di lavoro », fino a realizzare « una modulistica che [consentisse] di usare scambievolmente in un campo e nell'altro, i risultati, globali o parziali, delle ricerche di ciascuno ». Un'idea, come ammetteva lo stesso Sbriccoli, « del tutto astratta, in gran parte inutile, per il resto impraticabile », ma che pure andava indicata per sottolineare quell'esigenza che l'aveva fatta nascere.[23]

2. Reinventare il paradigma? Il peso del *global approach*

Nonostante questi slanci alla de-disciplinarizzazione, prima che all'interdisciplinarità e alla comparazione, il "paradigma", l'« *idem sentire* – cioè – nei confronti dell'oggetto e del metodo della disciplina » parve essersi compiuto. Parlare di storia del diritto in Italia equivalse a parlare (lasciando in disparte la questione aperta della continuità col diritto romano) di storia del diritto italiano e di una tradizione disciplinare insuperabile.[24] Ci volle qualche decennio prima che tutte quelle istanze di rinnovamento formulate negli anni Settanta venissero metabolizzate e cominciassero a fermentare con

21 Furet (1983) 119.
22 Mazzacane (1990) 21.
23 Sbriccoli (1986) 137–139.
24 Cfr. Paradisi (1973).

vivacità nuova. Pietro Costa ha tracciato di recente una interessantissima (e fittissima) mappatura di "scuole", temi e percorsi di ricerca che, in qualche modo, sono il risultato di quel fermento, e che hanno investito di luce fresca situazioni storiche e aree tematiche fino a quel momento rimaste ai margini dell'indagine storico-giuridica. La tradizione disciplinare non ha potuto fare altro che assorbire intimamente questo momento; nessuna rottura col passato, dunque, ma un vero e proprio ripensamento avvenuto « alla luce di nuove domande e di nuove urgenze ».[25] Oggi, usando sempre le parole di Costa, « la moltiplicazione delle ricerche ha avuto una portata qualitativa e quantitativa tale da far pensare alla nascita di veri e propri sub-settori della storiografia giuridica. La storia del diritto è ormai composta di numerose storie, al plurale, che fanno riferimento a tutti i principali ambiti del sapere giuridico »[26] Una moltiplicazione, quella registrata, che non ha incrinato il rapporto col passato. Anzi, forse proprio in un'ottica di preferenza e salvaguardia dei riferimenti temporali più di quelli spaziali (che avevano prodotto un timido – e fallito – tentativo di apertura ad una *storia del diritto europeo*), quel passato è ritornato più forte di prima nella nuova denominazione della disciplina in *storia del diritto medievale e moderno*[27] e, quindi, di *storia del diritto moderno e contemporaneo*. Una dichiarazione di intenti che ha consegnato la storia del diritto ai saperi specialistici, ne ha consolidato l'ambito di indagine e, indifferente ai suoi approcci narrativi, ne ha esaltato la curiosità per la "lunga durata" e moltiplicato l'interesse per angoli d'osservazione dimenticati, ignorati o mai immaginati dal tempo.

Se siamo giunti fin qui, dunque, perché porsi ancora, oggi, il quesito *quale storia del diritto*?

Da un certo momento in poi, da quando cioè nella discorsività scientifica si è insinuato il discorso della globalità, gli storici più attenti e sensibili si sono posti il problema di capire se sullo storico del diritto, al di là dei pregevoli risultati raggiunti, incombesse una qualche responsabilità in più. Presto si è preso atto dell'obsolescenza dei modelli occidentali, e di un graduale e implacabile indebolimento delle storiografie tradizionali:[28] in meno di un decennio si è determinata forte la necessità di una visione più

25 Costa (2016) 154, 177.
26 Costa (2016) 162.
27 Grossi (1993).
28 Cappellini (2016).

ampia del diritto e della cultura, con la richiesta espressa alla storia del diritto di allargare il suo campo d'analisi, e contribuire attivamente all'osservazione di una realtà che mai come prima si stava dimostrando essere il risultato di continui e innegabili « mishmash, borrowings, mixtures ».[29]

Ma cos'era questa globalità alla quale gli storici più accorti avvertivano di dover dar conto? Era un concetto piuttosto volatile, un concetto che aveva a che fare con tutt'altri contesti, per lo più economico-informatici, ma che comunque condizionava; non fosse altro per il fatto dell'accessibilità (dapprima impraticabile) a tutta una serie di informazioni; dell'interlocuzione con soggetti e luoghi, professionalità e competenze, mai così vicini; dell'emersione di nuovi centri di interesse; del graduale sostituirsi di dinamiche orizzontali (si cominciò a parlare di reti) a quelle, ormai obsolete, verticali. In una, quella globalità era qualcosa che, per quanto indirettamente, complicava l'oggetto d'indagine e, dunque, il lavoro dello storico del diritto. Se le fondamenta materiali della società e del diritto si stavano trasformando e organizzando nello « spazio dei flussi » e nel « tempo acronico »;[30] se, in tutto questo, la difficoltà per il giurista "in ascolto" era anche quella di valutare l'opportunità, e maturare la capacità, di riconoscere e analizzare quelle « concatenazioni verticali e orizzontali », quei "grovigli"[31] che dallo "spazio dei flussi e del tempo acronico" stavano derivando; se, come riconosceva Sabino Cassese, « esiste già, per quanto non la si conosca ancora completamente, una "grammatica giuridica universale" »;[32] non si poteva continuare a guardare solo agli ordinamenti "indigeni" (che tra l'altro si conoscevano già e fin troppo bene). Il giurista, e lo storico del diritto, avevano delle responsabilità alle quali non potevano sottrarsi.[33]

Come il viandante preso di spalle che nel quadro di Friedrich osserva il mare di nebbia,[34] cosí lo storico del diritto aveva dinanzi a sé la complessità

29 Graziadei (2006).

30 Castells (2002) 543–544.

31 Grossi (2006) 20–21.

32 Cassese (2006) 103. Fu il linguista Noam Chomsky negli anni Sessanta a proporre la teoria di una "grammatica universale", ovvero a parlare di basi generali comuni per tutti i tipi di linguaggio. Cfr. Chomsky (1965).

33 A questo atteggiamento pragmatico e propositivo di Cassese si oppone quello prudente di chi, come Alessandro Somma, vede nell'impossibilità di riuscire a svincolarsi e prescindere da quella « concatenazione » di diritti solo un'« insidia ». Così Somma (2014) 43.

34 L'immagine è presa in prestito da Mattone (2011).

manifesta di nuove problematicità giuridiche; su queste, però, avrebbe dovuto interrogarsi senza sconforto, senza angoscia; senza (d'altronde) offrire facili sponde o ovvie soluzioni. Se, come ha scritto Italo Birocchi, « la storia non è solo ricordo o memoria, bensì strumento di immaginazione e di progetto »,[35] lo storico del diritto, in questo apparente ingrato compito, aveva un'opportunità, un'occasione di riscatto. Egli non era e non poteva più essere da solo davanti a quella complessità, ma aveva la possibilità di sperimentarsi, di mettersi in discussione; doveva avvertire dentro di sé una nuova sensibilità, la curiosità intellettuale di aprirsi a nuovi scenari, a nuovi percorsi, a nuovi progetti di ricerca. In più, non era uno storico *tout-court*, ma il fatto di essersi ritagliato uno spazio di specificità di studio, gli permetteva di affrontare con una certa disinvoltura (e competenza) quella che, come avrebbe detto Sbriccoli, allo storico *tout-court* sarebbe potuta apparire una disperata « complessità non navigabile ».[36]

Non tutti gli storici del diritto, purtroppo però, hanno colto questa opportunità, chiudendosi invece, e spesso, in una sterile "solitudine". Pio Caroni, in qualche modo, lo avrebbe registrato.[37] Aldo Mazzacane, forse anticipando addirittura gli esiti della globalità, delegittimò quella solitudine: negli anni Novanta fu il primo ad abilitare a genere letterario, a fonte storiografica, i carteggi e, ricostruendo attraverso questi il profilo scientifico di Karl Joseph Mittermaier, ad aprìre concretamente i percorsi della storia del diritto alla comparazione. Per Mazzacane il discorso scientifico si costruiva nel diritto « alla giuntura tra sfera individuale e sfera collettiva, come risultato di una pluralità di pratiche e di testi che le descrivevano, di scrittura e di lettura ».[38] Lo storico del diritto, dunque, non poteva e non doveva restare da solo davanti alla complessità dell'oggetto del suo studio.

Nel 1998, a dare manforte, per quanto giungendo da tutt'altri percorsi deduttivi, Grossi sensibilizzava lo storico del diritto affinché non si lasciasse prendere da una immobilizzante pigrizia intellettuale, ma piuttosto mantenesse accesi i rapporti con gli altri giuristi e, dunque, maturasse un'esperienza di ascolto più profonda, utile a ipotizzare itinerari di ricerca più coerenti, nella convinzione per cui « la scienza giuridica fosse *una* per unità di fonda-

35 Birocchi (2009) 34.
36 Sbriccoli (1986) 128–129.
37 Caroni (2011).
38 Mazzacane (2001) 36.

zioni epistemologiche » e, perciò, « evidenziasse l'urgenza della percezione di questa unità da parte di *ogni* giurista: lo storico del diritto in questo senso poteva dare un contributo primario, in quanto facendo egli storia, si sarebbe misurato sempre con la vita, che è sempre – scriveva Grossi – un fatto *globale*, *unitario* pur nella sua indubbia complessità ». « Isolamenti e partizioni » avrebbero dovuto risultargli sempre ripugnanti, perché la vita giuridica gli sarebbe apparsa soprattutto come *coralità*, come « groviglio inestricabile di relazioni e collegamenti ».[39] La complessità, dunque, dell'universo giuridico, diveniva, nella cura individuale e collettiva dello studioso, nel confronto, nei momenti di "giuntura", salutare alla relativizzazione del « sacrario che ogni giurista serba » e funzionale alla pratica di studio migliore possibile.[40] La complessità era un valore aggiunto; quel "groviglio" era un valore aggiunto.

3. Da una pluralità di storie a una storia plurale

Se, dunque, come ha registrato Costa, la moltiplicazione, la pluralità di storie che hanno tracciato il panorama di osservazione della disciplina è stata ed è una testimonianza fondamentale d'apertura e rinnovamento; se l'intuizione grossiana dell'unità dell'universo giuridico ha dato forza allo storico e al suo mestiere di traduttore del reale come "fatto globale"; se la comparazione è divenuta un percorso di indagine, un atteggiamento della ricerca più che la prova di un dialogo interdisciplinare; resta ancora un passo da fare.

Prendendo il tempo dei *Global Studies*, della *Global History*, del diritto e della storia del diritto comparato, anche la storia del diritto ha rielaborato questi elementi dei "punti di giuntura", dei "grovigli", delle "concatenazioni verticali e orizzontali", e ha riletto, seppure in ritardo, quelle "spinte", quegli intensi *cross-border communication processes* succedutisi nel tempo. La rielaborazione è iniziata nel 2005, quando cioè Marie Theres Fögen ha coinvolto diversi profili disciplinari nell'articolazione dei due volumi di *Rechtsgeschichte* dedicati a un tema, quello dei *transfer*,[41] che poteva rappresentare al meglio quel punto di "giuntura", quel punto di contatto (e forse di collisione) tra sensibilità diverse, tra storia, diritto, comparazione e globalizzazione. In

39 Grossi (2006) 20–21.
40 Grossi (2006) 21.
41 Fögen (2005) 12.

quegli stessi anni, Luigi Nuzzo si faceva carico di una serie di questioni che, nell'osservazione del fenomeno internazionale (e coloniale), aprivano a e coinvolgevano necessariamente altri apparati disciplinari, ricavando nelle sacche spente della storia del diritto italiano stimolanti percorsi di ricerca di storia del diritto internazionale.[42] E mi piace riferire in questa sede anche della mia giovane esperienza di ricerca, degli studi sulle relazioni internazionali tra Europa e Impero ottomano tra Otto e Novecento e della necessità che ho avvertito (e tutt'ora avverto) durante il lavoro di sostenere l'impostazione storiografica "tradizionale" con una serie di argomentazioni frutto di analisi sociologiche, storico-confessionali, e ancora di diritto pubblico comparato, internazionale, coloniale, islamico, risultato non solo di un'infaticabile e appassionata ricerca personale, ma di uno scambio costante con gli specialisti.[43] Nessuna solitudine, dunque, ma una condizione di continuo (e attuale) confronto che ha necessariamente nobilitato l'analisi storiografica al di là dell'universo giuridico, e valorizzato quell'imprescindibile "groviglio" di informazioni, fonti e letture a quella destinato.

Thomas Duve ha raccolto di recente la sfida di una storiografia giuridica che proceda in questa direzione, sganciata cioè da se stessa, dai limiti spazio-temporali della statualità, della modernità e, soprattutto, della regionalità e dell'europeità della sua narrazione. Prendendo in prestito un concetto caro ai *postcolonial studies*, ha tradotto quel "groviglio" in un "intreccio", nell'« entanglement » tra storie nazionali e transnazionali, abilitando un nuovo approccio concettuale della storia del diritto alla « global perspective ».[44] Adottare un approccio di questo tipo significava non appiattire la storia su cristallizzazioni di un dato tempo e di un dato spazio, ma percepire ogni storia come la narrazione di un momento, di un'acronica e fluida circolazione globale. In questa direzione sono andati anche i contributi (ne cito solo alcuni) di Victor Tau Anzoategui che, per esempio, ha sostenuto l'impossibilità di comprendere e descrivere una storia del diritto comune in Spagna senza guardare alla sua espansione nello spazio atlantico.[45] O di Arnulf Becker Lorca, che ha decriptato le "relazioni" presenti in quei "grovi-

42 Cfr. Nuzzo (2006), (2009), (2012).
43 Rimando ad Augusti (2013).
44 Duve (2014) 29–66.
45 Tau Anzoategui (1990). Vedi anche Nuzzo (2008).

gli", parlando di movimenti di andata e di ritorno, focalizzando l'attenzione su dinamiche grazie alle quali categorie e modelli d'uso comune nel diritto di matrice europea, parzialmente assorbiti dai sistemi "altri" (di destinazione), venivano poi restituiti all'Europa in un ideale dialogo a due direzioni alla base di un progetto coerente di appropriazione prima e di universalizzazione e globalizzazione poi.[46]

A questa "circolarità" della riflessione, si è aggiunto poi un nuovo interesse per l'interdisciplinarità, un interesse che ha preso le mosse da un nuovo modo di percepire i confini tra le materie, non come limiti invalicabili destinati all'uso privato degli specialismi, ma come soglie[47] che invitano l'intellettuale accorto al passaggio. Il dialogo interdisciplinare così inteso, come processo osmotico tra saperi, l'atteggiamento comparativo dello storico del diritto, il ripensamento del rapporto spazio-tempo nel suo modo di osservare il reale, la consapevolezza della complessità della sua missione, il superamento della "segregazione geografica"[48] del suo itinerario narrativo e, più in generale, l'ambizione ad un *pluralistic legal mind*, sarebbero tutti gli elementi utili a immaginare, a partire da qui, la costruzione di un nuovo sapere storiografico. Cosa dovrebbe essere, infatti, questa nuova apertura al globale se non l'occasione per creare realmente qualcosa di nuovo?

Nel 2015, il Direttivo della Società di Storia del diritto si è posto il quesito della necessità di attivare un nuovo processo di "autocoscienza" della disciplina, volto ad aprire un dibattito sul passato, sul presente e sul futuro, sui metodi d'indagine, sulla funzione e gli obiettivi della ricerca storico-giuridica, nonché sulla didattica. Facendo leva su quel principio grossiano del mettersi "in ascolto", il convegno del 2016 è stato dedicato ai percorsi di ricerca dei giovani studiosi.[49] Ciò che è emerso è stato un forte desiderio di slancio delle nuove generazioni, ma anche una sostanziale inamovibilità dettata dal peso della tradizione e dal timore del giudizio.

Eccezion fatta per i pure riusciti esercizi di confronto interdisciplinare realizzati nell'ambito di complessi e brillanti progetti e workshop di ricerca, il lumicino dello storico del diritto pare rimanere, ancora oggi, a dar luce a

46 Becker Lorca (2010) 481.

47 Augè (1993) 14.

48 L'espressione è di Luigi Lacchè, così come registrata nella comunicazione dell'incontro ferrarese dell'ottobre del 2016.

49 Storti (2016) XII–XIII.

uno spazio incomprensibilmente ridotto, che manca di una proiezione all'esterno. Per quanto forti siano gli stimoli ad andare oltre, la sensazione è quella di una ingiustificabile lentezza ad uscire fuori dai propri "confini": un'indifferenza a ciò che fanno gli altri che, quali che siano le cause, non ci si può più permettere. Lo storico del diritto non può arrivare così tardi all'appuntamento col suo tempo. Affinché il momento dell'interdisciplinarità e, meglio, dell'"ascolto", si combini naturalmente col suo percorso intellettuale, grande prova d'efficacia sarebbe, a mio avviso, quella di anticipare il cambiamento a un momento precedente: l'attenzione a "ciò che fanno gli altri" dovrebbe essere rivolta dallo studioso già negli anni della sua formazione. Costruire (e ricostruire) i curricula del giurista in formazione (e mi riferisco tanto ai percorsi di laurea quanto – e forse anche di più – a quelli di dottorato) privilegiando lo studio di discipline affini e non (penso, per esempio, alla sociologia, all'antropologia, all'economia, piuttosto che allo studio di altre storie e altri diritti) e delle metodologie di lavoro, significherebbe portare naturalmente e prima il giurista, e quindi lo storico del diritto, alla cura dell'ascolto, ad una sensibilità diversa della quale si avvantaggerebbe, da professionista, nella ricerca e nell'interrogazione delle sue fonti, nonché nella costruzione di un più complesso e generoso punto di vista sul reale.

Alla luce di queste valutazioni, Armitage si chiederebbe: qual è, dunque, il futuro del passato?[50] Sullo sfondo dell'integrazione, forse un nuovo "paradigma" di coscienza giuridica globale si sta compiendo, frutto della compressione tempo-spazio[51] o delle coordinate di un nuovo modello culturale in cui il fenomeno diritto si sta manifestando come vicenda intellettuale.[52] Il ruolo della storia e della scienza del diritto, in questo, si è confermato come indispensabile, un ruolo di indirizzo e prospettiva di un diritto dinamico sì, ma stabile perché radicato nei principi saldi delle costituzioni, da riscoprire come fari certi. L'atteggiamento dei nuovi storici del diritto non può che essere, quindi, quello della *pluralità* e della *profondità*. L'aveva detto Fernand Braudel negli anni Quaranta, cronologicamente distante da questi ragionamenti: « la storia che io auspico – scriveva in *Storia, misura del mondo* – è una storia nuova… rivoluzionaria, capace, per rinnovarsi e compiersi, di saccheg-

50 Il titolo è mutuato da un brillante articolo a firma dello storico Armitage (2013).
51 Cfr. Harvey (2010).
52 Cfr. David, Jauffret Spinosi (2004) 16 ss.

giare le ricchezze delle vicine scienze sociali; una storia, ripeto, che è profondamente cambiata, che ha fatto notevoli passi avanti, lo si voglia o no, nella conoscenza degli uomini e del mondo: in una parola, nell'intelligenza stessa della vita… Una grande storia che punta al generale, capace di estrapolare i particolari, di superare l'erudizione e di cogliere tutto ciò che è vita, seguendo a suo rischio e pericolo le sue strade maestre di verità ».[53] Una grande storia, dunque, una storia plurale, una storia profonda. Riprendere contatto con questo approccio significa mettere a frutto quell'« inquietudine » che deve appartenere allo storico del diritto di oggi e di domani,[54] sensibile ad una società che cambia « in maniera tumultuosa ».[55]

Bibliografia

Armitage, David (2013), Space, time and the future of the past, in: The Australian Higher Education Supplement (21 August)

Augé, Marc (1993), Nonluoghi, Milano

Augusti, Eliana (2013), Questioni d'Oriente. Europa e Impero ottomano nel diritto internazionale dell'Ottocento, Napoli

Augusti, Eliana (2016) Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione, in: Forum Historiae Iuris, www.forhistiur.de/2016-06-augusti

Augusti, Eliana (2017) Un tempo nuovo per la storia del diritto? Riflessioni a margine di una storia globale, in: Le Carte e la Storia, 2, 32–41

Becker Lorca, Arnulf (2010) Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation, in: Harvard International Law Journal, 51, 475–552

Berlinguer, Luigi (1974) Considerazioni su storiografia e diritto, in: Studi storici, 15, 3–56

Birocchi, Italo, (2009) Presentazione, in P. Caroni, La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano, 1–40

Braudel, Fernand (1966), Storia e scienze sociali: il "lungo periodo", in: Quaderni storici, 1, 5–48

Braudel, Fernand (1973), Scritti sulla storia, trad. it. di A. Salsano, Milano

Braudel, Fernand (1998), Storia, misura del mondo, Bologna

53 Braudel (1998) 27–29.

54 Petit (2012) 741.

55 Intervento di Aldo Mazzacane al Congresso della Società di Storia del diritto del 2015.

Calasso, Francesco (1934), Il concetto di « diritto comune », in: Archivio Giuridico, 111, 59–97

Calasso, Francesco (1970), Introduzione al diritto comune, Milano, VII–XIII

Cappellini, Paolo (2016), La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della "mondializzazione", in: Birocchi Italo, Massimo Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 285–294

Caracciolo, Alberto (1966), Dell'"acculturation" e di alcuni nuovi indirizzi di ricerca, in: Quaderni storici, 1, 49–57

Caroni, Pio (2009) La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano

Cassese, Sabino (2006), Oltre lo stato, Roma, Bari

Castells, Manuel (2002) La nascita della società in rete, in Id., L'età dell'informazione. Economia, società, cultura, 3 voll., Milano 2002–2004

Cavanna, Adriano (1983), La storia del diritto moderno (secoli XVI–XVIII) nella più recente storiografia italiana, Milano

Chomsky, Noam (1965), Aspects of the Theory of Syntax, Cambridge

Cortese, Ennio (1982) Storia del diritto italiano, in: Aa.Vv., Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia, Milano, 785–858

Costa, Pietro (2016) Storia del diritto e identità disciplinari: dai primi anni settanta a oggi, in: Birocchi, I., M. Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 149–178

David, René, Camille Jauffret-Spinosi (2004), I grandi sistemi giuridici contemporanei, Padova

Duve, Thomas (2014) European Legal History – Concept, Methods, Challenges in Id. (a cura di), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History 1, Frankfurt am Main, 29–66, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Febvre, Lucien (1953a), Vivre l'histoire – Propos d'initiation (1941), in: Id., Combats pour l'histoire, Paris, 18–33

Febvre, Lucien (1953b), De 1892 à 1933 – Examen de conscience d'une histoire et d'un historien, in: Combats pour l'histoire, Paris, 3–17

Fögen, Marie Theres (2005), Einleitung, in: Rechtsgeschichte, 7, 12, http://dx.doi.org/10.12946/rg07/012-012

Furet, François (1983), I metodi delle scienze sociali nella ricerca storica e la « storia totale », in: Rossi, Pietro (a cura di), La teoria della storiografia oggi, Milano, 117–140

Ghisalberti, Carlo (1989), Storiografia giuridica, in De Rosa, Luigi (a cura di), La storiografia italiana degli ultimi vent'anni – L'età moderna, Roma, Bari, 447–490

Graziadei, Michele (2006) Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 441–475, https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0014

Grossi, Paolo (1986), (a cura di) Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26–27 aprile 1985, Milano

Grossi, Paolo (1993), Introduzione, in: Id. (a cura di), L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari e prospettive, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 6–7 novembre 1992, Milano

Grossi, Paolo (2006), Società, diritto, stato: un recupero per il diritto, Milano

Grossi, Paolo (2008), Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso, Bologna

Harvey, David (2010), La crisi della modernità, Milano

Le Goff, Jaques (1980), La nuova storia, in: Id., La nuova storia, trad. it. di T. Capra, Milano

Mattone, Antonello (2011), Compte rendu de P. Caroni, La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano, Giuffrè, 2009, in: Archivio Storico Ticinese, 150, 322–323

Mazzacane, Aldo (1976) Problemi e correnti di storia del diritto, in: Studi storici, 17, 5–24

Mazzacane, Aldo (1990), Scienza e Nazione. Sulle origini del diritto italiano nella storiografia giuridica di fine Ottocento, in: Scienza & Politica, 3, 15–30

Mazzacane, Aldo (2001), Alle origini della comparazione giuridica: i carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier, in: Padoa Schioppa, Antonio (a cura di), La comparazione giuridica tra Otto e Novecento, Milano, 15–38

Nuzzo, Luigi (2006) La colonia come eccezione: un'ipotesi di transfer, in: Rechtsgeschichte, 8, 52-58, https://doi.org/10.12946/rg08/052-058

Nuzzo, Luigi (2008), Dall'Italia alle Indie: un viaggio del diritto comune, in: Rechtsgeschichte, 12, 102-124, http://dx.doi.org/10.12946/rg12/102–124

Nuzzo, Luigi (2009), Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e la negazione delle differenze, in: Quaderni fiorentini, 38, 1311–1382

Nuzzo, Luigi (2012), Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo, Frankfurt am Main

Paradisi, Bruno (1973), Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946 (1947), in: Id., Apologia della storia giuridica, Bologna, 105–172

Petit, Carlos (2012), Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia, in: Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto, dir. scient. di Cappellini, P., P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, 741–748

Quaglioni, Diego (2016), Dalla caduta del fascismo ai primi anni settanta, in Birocchi, Italo, Massimo Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 2016, 136–148

Sbriccoli, Mario (1986), Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, in: P. Grossi (a cura di), Storia sociale e dimensione giuridica, Milano, 127–148

Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

Storti, Claudia (2016), Le ragioni di un convegno, pp. XII–XIII, in Birocchi, I., M. Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 2016, xi-xv

Tau Anzoategui, Victor (1990), El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común, Milano

Vano, Cristina (2016) Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny, in: Forum Historiae Iuris, www.forhistiur.de/2016–10-vano

Massimo Brutti

Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica

1. Storicismo e unificazione del diritto

L'obiettivo fondamentale della comparazione giuridica è la ricerca di un legame teorico tra i diritti posti a confronto. Ciò avviene attraverso la messa a fuoco delle condizioni di traducibilità di un linguaggio in uno o più linguaggi diversi: quindi individuando un campo discorsivo riferibile a più situazioni, entro cui possano impiegarsi nozioni comuni.

Il medesimo obiettivo è perseguito dalla storiografia giuridica. Il legame che questa definisce è tra il presente e il passato o tra esperienze contemporanee di cui si esaminano le particolarità e il divenire. Anche qui si svolge un discorso che mette in relazione realtà eterogenee.

La connessione tra immagini differenti può essere pensata come un presupposto dell'osservazione e dello studio o come un prodotto realizzato attraverso l'analisi delle particolarità e la costruzione di concetti capaci di tenerle assieme. Nel primo caso si scoprirà un sostrato comune nelle esperienze prese in esame: una razionalità da esse condivisa o un'origine storica che spiega la somiglianza dei loro tratti costitutivi. Nel secondo caso sarà l'elaborazione teorica a creare *ex novo* un metalinguaggio, in grado di comprendere e confrontare le individualità.

Mi propongo di esaminare, in queste pagine, alcuni casi di convergenza tra studio storico e comparazione. Il punto di partenza è il pensiero dell'Ottocento. La messa a fuoco delle differenze giuridiche che segnano le esperienze nazionali e dei raccordi che le legano nasce nel cuore dello storicismo antirivoluzionario.[1] Diviene poi oggetto e ragion d'essere delle ricerche comparativistiche.

1 Intendo – ora e più avanti – il termine "storicismo" con riferimento alla Scuola storica tedesca e all'insieme delle dottrine che collegano tradizione e sistema del diritto privato.

L'incontro fra lo studio delle particolarità e la ricerca di tratti comuni a più esperienze segna profondamente il pensiero giuridico degli ultimi due secoli. Dagli studi comparativi nascono disegni di armonizzazione: strategie riguardanti diritti diversi che coesistono ed entrano reciprocamente in contatto.

Il tema della formazione dei diritti positivi e l'idea che essi derivino dallo spirito di ciascun popolo sono al centro delle dottrine tedesche. Si considera di solito Friedrich Carl von Savigny come il teorico più conseguente dell'autosufficienza di ogni diritto radicato in una storia. Le forme giuridiche nate dalla società appartengono al popolo e alla costruzione della nazione.

Ma nel pensiero savigniano non vi è soltanto il nesso tra diritto e nazione. Emerge anche una tendenza che supera l'orizzonte delle singole comunità: un'aspirazione al cosmopolitismo, all'estendersi di regole e valori al di sopra dei confini politici. Lo vediamo nel primo volume della sua trattazione sistematica (pubblicato nel 1840).[2]

Per andare oltre i limiti della coscienza popolare di una specifica comunità, da cui nascono le prescrizioni, e per incontrare altri popoli, il diritto dev'essere pensato come trasmissibile. Savigny dà per scontata questa possibilità di spostamento: raccontare la storia del diritto significa descrivere il passaggio di forme giuridiche da un'epoca all'altra. Se la tradizione giuridica si stabilisce attraverso mutamenti (sia pure graduali e senza scosse), ciò significa che (in maggiore o minor misura) il diritto conquista un'autonomia rispetto alla vita da cui nasce. Perciò si tramanda attraverso le generazioni. Ebbene, l'indipendenza del dato giuridico (*Unabhängigkeit des Rechts*) può far sì che le regole sorte da un popolo possano ritrovarsi anche in altri.

Assistiamo così alla riappropriazione (sia pure parziale) di idee giusnaturalistiche, nell'ambito di una dottrina – quella savigniana – che intende privilegiare la storia rispetto alle astrazioni.

> Questa nostra opinione, che riconosce in ciascun popolo il creatore e il soggetto del diritto positivo od effettivo, potrà forse sembrare troppo limitata a coloro i quali siano propensi ad attribuire quella creazione allo spirito universale dell'umanità piuttosto che allo spirito particolare di ciascun popolo. Ma ad una considerazione più esatta queste due opinioni si dimostrano non del tutto contrastanti. Quello che

Cfr. Solari (1915–16). Fin dall'origine è evidente l'ostilità ai princìpi emersi nella Rivoluzione francese.

2 Von Savigny (1840) 19 ss., trad. it. (1886) 46 ss.

opera in ciascun popolo è soltanto lo spirito comune dell'umanità, che in esso si manifesta con una maniera individuale.

Ogni diritto effettivo (raffigurato secondo schemi di origine romantica) rivela « una generale tendenza umana e non l'arbitrio proprio di alcuni particolari popoli ». Savigny intravede una correlazione simile nel concetto romano di *ius gentium*: da un lato gli istituti del diritto civile, dall'altro quelli stranieri. Attraverso l'accostamento e il confronto si scoprono e si creano i tratti costitutivi del diritto comune (*allgemeines Recht*).[3]

La nozione ha alle spalle una lunga storia. Per lo meno a partire dal Seicento, con il sintagma *ius commune* si indica un complesso di costruzioni giuridiche elaborate dalla scienza su basi romanistiche. L'ossequio alla compilazione giustinianea è ormai infranto. I modelli antichi vengono evocati e ripensati, per fondare un impianto teorico moderno, applicabile a normazioni molteplici, che i giuristi coordinano e combinano. Così la modernità "cita" il diritto romano, dando ad esso nuovi significati e assumendolo come un insieme capace di comprendere ed unificare le forme diverse del passato e del presente. Un insieme, che ha la caratteristica di essere sovranazionale e di orientare gli *iura propria*.[4]

L'idea di un incontro, di una composizione che fa convergere più esperienze entro un tutto organico, non è solo nell'opera matura di Savigny, ma

3 Von Savigny (1840) 110 ss., trad. it. (1886) 126 ss. La « comparazione tra il diritto civile romano e quello di altri popoli » è legata all'accresciuto commercio con gli stranieri. Il sistema include la descrizione della storia romana. L'antichità è un punto di riferimento per il diritto del presente.

4 Ad esso si riferisce il giurista olandese Arnold Vinnen in alcune formulazioni risalenti al 1642. « Oggi il diritto civile dei romani è osservato all'incirca in tutta l'Europa come una specie di diritto comune delle genti (*quasi gentium quoddam ius commune*), in particolare nelle situazioni per le quali manchino specifiche leggi o consuetudini. Ma alla norma di questo diritto (*ad huius iuris normam*) si indirizza anche l'interpretazione di ogni costituzione e consuetudine che non sia manifestamente in contrasto con essa; tuttavia, se vi è un contrasto di fronte ad una fattispecie ambigua, costruzioni e consuetudini si adattano ad un medesimo criterio di equità e la loro applicazione viene circoscritta in modo tale da allontanarsi il meno possibile da questo diritto comune ». Con l'espressione *ius civile Romanorum* si intende una costruzione dei giuristi che lavorano sulle fonti antiche: è questa tradizione che diviene *norma iuris* per l'intera Europa. Cfr. Vinnii (1767) 17. Uno schema pressoché identico è in Duck (1678), citato da Cannata (2011) 443 ss. Duck afferma la provenienza del diritto naturale (con cui lo *ius commune* si identifica) dal diritto romano.

emerge già dai primi scritti. Durante gli anni in cui Napoleone viene sconfitto, sorge la Scuola storica tedesca ed applica alla realtà giuridica della Germania l'idea di un insieme prescrittivo prodotto dalla scienza, tale da rendere unitario e certo il diritto nazionale. Con il Congresso di Vienna, gli Stati tedeschi si riducono a trentanove (prima erano trecentosessanta). Sono entità territoriali sovrane, con diritti dissimili, riunite nella Confederazione germanica. Tra loro la Prussia ha un ruolo politico preponderante. Hegel aveva sottolineato, agli inizi del secolo, in un momento di particolare difficoltà per i popoli tedeschi di fronte all'offensiva francese, il pericolo dell'anarchia insito in questo pluralismo politico e giuridico.[5] Durante gli anni della restaurazione, gli inconvenienti della frammentazione rimangono.

Nel primo Savigny – in particolare negli scritti programmatici del biennio 1814–1815 – il diritto comune è inteso come un bilanciamento alla frammentazione; non si riferisce a nazioni diverse, ma è interno alla nazione tedesca: è un mezzo di composizione del pluralismo. Egli esalta il ruolo di armonizzazione che svolge la scienza, nella diversità dei dati normativi particolari, e mette in luce la sicurezza dei suoi procedimenti, legati al modello di un pensiero giuridico rigoroso, che ha l'esattezza del calcolo. Da questo nascerà il "sistema del diritto romano attuale": base delle dottrine pandettistiche.

Per riformare il diritto tenendo conto della sua storia (che è il primo obiettivo perseguito), la sola via è affidarsi all'opera dei giuristi. La loro egemonia deriverà dalla capacità di tenere insieme le regole differenti, di connetterle ai princìpi ricavati dalla lettura della tradizione, facendo cadere ciò che è in contrasto con l'impianto sistematico costruito a partire dalle fonti romane. Questo è il programma e l'opera matura di Savigny lo svilupperà coerentemente.

Egli respinge nel 1814 la proposta volta a seguire in Germania l'esempio francese della codificazione. In questa direzione si muove invece Anton Friedrich Justus Thibaut, che sostiene la necessità dell'unificazione legislativa: un nuovo ordine capace di superare sia le normazioni speciali o consuetudinarie, sia il diritto romano. Il codice è chiamato a sostituire radicalmente i diritti anteriori. È una prospettiva illuministica e Savigny, portavoce di un pensiero anti-rivoluzionario, la respinge. Si può dire che nella certezza da

5 Hegel (1799–1802, trad. it. 1997) 3 ss.

perseguire con la codificazione, nella illusoria fissità che questa determina, il fondatore della Scuola storica veda il rischio di spezzare il rapporto tra « elemento politico » ed « elemento tecnico ».[6] È un difficile equilibrio per cui la scienza, anche nelle astrazioni più elevate, deriva comunque dalla vita complessiva del popolo ed ha radici nel suo passato.

Tuttavia anch'egli avverte l'esigenza di un nuovo ordine. Sostiene che debbano essere i giuristi a guidare il processo graduale di avvicinamento e di fusione dei materiali normativi esistenti, entro l'alveo teorico del sistema.

La mappa del diritto vigente nei territori tedeschi è variegata: dal Codice austriaco all'*Allgemeines Landrecht* prussiano, allo stesso *Code civil*, che si applica in Alsazia e in Lorena; e vi sono spazi entro i quali si amministra la giustizia direttamente in base allo *ius commune*: vale a dire secondo la tradizione che la cultura giuridica europeo-continentale ha costruito nel tempo, lavorando sui testi normativi del *Corpus iuris* giustinianeo.

In questo quadro multiforme, Savigny consegna alla scienza il compito di conciliare le diversità e costruire l'unità giuridica.

> Per quanto riguarda anzitutto la fonte del diritto, che è proprio la funzione a cui il nuovo codice da introdurre dovrebbe essere destinato, bisognerebbe a mio parere restaurare al posto del codice francese, o mantenere, dove questo non abbia dominato, quella connessione tra diritto comune e diritti locali che prevaleva un tempo in tutta la Germania: questa fonte di diritto io la considero sufficiente, anzi eccellente, se appena la scienza giuridica fa quello che è di sua competenza e che solo essa può fare.[7]

La « connessione » (*Verbindung*) è tutta giocata sui rapporti che i giuristi costruiscono tra molteplicità e schemi unificanti. Si tratta ogni volta di scoprire identità particolari, di escludere quelle non componibili entro il sistema, per fissare invece un dispositivo unico, razionalizzando i particolari in funzione di categorie e princìpi generali.

L'operazione non può compiersi se non affondando lo sguardo nella storia e procedendo ad un lavoro selettivo sui diritti vigenti.

> Dunque ciò che secondo questa opinione deve rendere veramente utili e immuni da censura come fonti del diritto il diritto comune e i diritti locali, è il rigoroso metodo storico della scienza giuridica. Il carattere di tale metodo non consiste, come hanno detto inconcepibilmente alcuni moderni oppositori, nell'esaltazione esclusiva del diritto romano, né nel pretendere la conservazione incondizionata di un dato mate-

6 Von Savigny (1814, 2. ed., 1828, trad. it. 1982) 100 s.
7 Von Savigny (1814) 164.

> riale ... Tale metodo si pone piuttosto l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprirne così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia.[8]

La costruzione del diritto vitale, così ottenuta, serve al presente: presuppone il confronto e l'adattamento delle norme, entro i paradigmi concettuali del diritto romano.[9] Dalla rilettura delle fonti antiche nascono i princìpi e i concetti per interpretare unitariamente le norme esistenti e comporre gradualmente le diversità.

2.. Gli schemi invarianti

In uno scritto del 1814, Christian Gottlieb Haubold identifica l'*ordo systematicus* con la *dogmatica*.[10] È una coincidenza di nozioni che domina il pensiero della Scuola storica e che influenza fortemente gli studi romanistici fra Ottocento e Novecento. Muovendo da questi, l'immagine della dogmatica come concettualizzazione da un lato necessaria in ogni descrizione del diritto, dall'altro capace di trascendere le singole esperienze, diviene patrimonio scontato prima della civilistica, poi di altre discipline giuridiche.

Secondo il punto di vista dogmatico, ogni discorso sulle norme da applicare, come ogni narrazione circa il loro divenire, presuppone una struttura essenziale, che dura nel tempo e si rivela attraverso un insieme di concetti, assunti dall'osservatore come invarianti. Categorie che vengono prima del discorso sui diritti concreti e che lo reggono teoricamente. La rielaborazione dello *ius civile Romanorum* pensato come sistema è la fonte principale delle nozioni impiegate.

Il racconto dei mutamenti viene spesso definito « storia dei dogmi », con una locuzione presa in prestito dal linguaggio teologico, ampiamente impiegata nella scienza tedesca dell'Ottocento e recepita in Italia.[11] L'idea che il diritto possa essere ridotto ad un complesso di dogmi, che questi diventino

8 Von Savigny (1814) 168 s.

9 *Ibidem*: « Il diritto romano ... ha oltre all'importanza storica anche il pregio di poter servire per la sua alta perfezione come esempio e modello per i nostri lavori scientifici ».

10 Haubold, (1814, 2. ed. 1826) 16 ss.

11 Vedi Hagenbach (1857); von Harnack (1886–1890): si tratta di studi legati al luteranesimo tedesco. Qui la dimensione storica introduce un bilanciamento alla fissità del sistema teologico. Al contrario, nel campo del diritto, si ha un procedimento inverso, che attri-

oggetto e strumento di descrizione, dilagherà nelle dottrine novecentesche e si può dire che goda ancora oggi di largo credito. Essa è fonte di sicurezza e sottintende il primato dei giuristi, la loro funzione direttiva, che può essere esercitata solo in quanto vadano d'accordo tra loro (come detentori di un metodo neutrale) e siano custodi delle ideologie dominanti. La dogmatica crea un terreno di incontro per questi intellettuali addetti alle regole, che nella formulazione dei concetti fondamentali si tengono lontani da scelte politiche dichiarate e da ogni potenzialità conflittuale del lavoro teorico.[12]

buisce ai concetti un carattere di indiscutibilità, come se essi sovrapponessero alle forme concrete del diritto la costruzione di princìpi e idee staccati dalla realtà, ma capaci di governarla dall'alto della propria generalità ed astrattezza: una specie di « sopramondo ». Questo è l'appellativo usato da Paresce (1964) 7 ss. L'accostamento tra gli enunciati del diritto e i postulati di una religione positiva ha una forte presa sui giuristi. Cfr. in proposito Den Tex (1839) 520 ss.: « Dogmatum nomina, cum in theologia, tum in iuris disciplina, intelleguntur ipsa placita, quae iuncta integram doctrinam efficiunt ». La *doctrina integra* equivale alla totalità savigniana, che, nella civilistica italiana, Vittorio Scialoja porrà a base della nozione di « diritto positivo ».

12 Vedi Orestano (1987) 288; Galgano (2010) 7 ss., spec. 11. Il tema della indiscutibilità e della astoricità dei dogmi (impermeabili a qualsiasi esplicito discorso di politica del diritto) è già in Orestano (1961, rist. 1963) 244 s. (queste pagine non sono riprodotte nel testo, profondamente rimaneggiato, dell'*Introduzione* edita nel 1987). In senso contrario occorre ricordare la difesa della funzione ordinante e selettiva delle astrazioni denominate « dogmi » proposta da Luhmann (1974, trad. it. 1978) 43 ss. Il significato che attribuisce al termine proveniente dal linguaggio teologico è coerente con il pensare sistematico (si veda anzitutto Savigny). Luhmann muove dall'opinione diffusa che considera arbitrarie le proposizioni giuridiche sottratte alla critica ed assunte come incontrovertibili, ma capovolge questo punto di vista, affermando la necessità di una scienza giuridica che si distacchi dalle norme e che approdi ad un universo concettuale sicuro del proprio ordine interno. Solo attraverso le astrazioni si conquista – a suo avviso – un'autonomia dell'interpretazione: « Secondo il modo usuale di intendere il concetto di dogmatica, la caratteristica più importante di un tale concetto è il *divieto di negazione*, la non-negabilità dei punti di partenza di catene argomentative. Tali punti di partenza restano sottratti alla critica ... I sociologi ... sanno bene che nella vita sociale non esiste qualcosa che sia "di per sé arbitrario" e sanno inoltre che l'intera comunicazione umana presuppone degli elementi "non negabili". Muovendo dalla prospettiva sociologica, il problema può essere, quindi, semplicemente il seguente: "A quale livello, a quale grado di astrazione vengono collocati gli elementi non negabili allorché ad essi viene data la forma di una dogmatica? E su quali divieti di negazione introdotti e stabiliti socialmente, poggiano tali elementi?" ... La funzione positiva delle dogmatiche dovrebbe risiedere nel fatto che, attraverso il modo di organizzare i divieti di negazione, lo sfruttamento di testi e di esperienze viene portato al livello di flessibilità che è di volta in volta necessario ». Dunque il giurista flette le

Gustav Hugo usa (nel 1791) il termine *Dogmatik* come equivalente di *didactica* e come spiegazione del diritto, traducendo brani tratti dalla *Nova methodus* di Leibniz.[13] L'insegnamento appare come il luogo delle certezze.

norme attraverso i dogmi. È un'immagine congeniale al primato della scienza che caratterizza a lungo l'esperienza tedesca. Per mio conto, non riesco a non vedere un'impronta autoritaria nel « divieto di negazione ». I punti di partenza di catene argomentative non possono infatti smentire il principio di giustificazione (che governa la teoria dell'argomentazione). Non si fondano – io credo – su un comando né su un postulato sottratto alla discussione, ma soltanto su premesse da giustificare in base ad enunciati ragionevoli e in base ad un assenso, che può anche non essere unanime e può collocarsi all'interno di situazioni conflittuali. Che cosa significa che i divieti di negazione sono stabiliti socialmente? Mi sembra forte il rischio che la dogmatica si risolva in un conformismo della scienza, in una interpretazione univoca, secondo le vedute sociali (le ideologie e gli interessi) dominanti. È facile infine comprendere quale effetto distorsivo possano produrre i dogmi, così concepiti, quando diventano cornice e referente del racconto storico. Se – come io penso – i concetti giuridici considerati non negabili sono il riflesso di una scelta ideologica (i « divieti di negazione stabiliti socialmente »), è evidente l'autoproiezione che ne deriva e che preclude una storiografia individualizzante (anche rispetto al presente), in grado di mettere a fuoco i conflitti o capace di cogliere le discontinuità che allontanano da noi il passato.

13 La traduzione di Hugo è nella rivista *Civilistisches Magazin*, 1, 1791, 23 ss. Vedi Leibniz (1667, ripubbl. 169 e 1930). Ricordo che nella *Critica della ragion pura* Kant tratta il dogma come un insegnamento che va al di là dei giudizi analitici ed ha a che fare con l'esperienza; è un suo presupposto e trova in essa la sua prova. Questa idea trova un riscontro nel pensiero giuridico, ove i dogmi appaiono come aspetti costitutivi del diritto. Cfr. Orestano (1987) 283 ss., spec. 287 (segnala i primi usi giuridici medievali ed umanistici e poi il collegamento con lo studio storico tra Settecento ed Ottocento). Nel pensiero savigniano può vedersi una compiuta espressione del rapporto biunivoco tra dogma e sistema: tra i principi concepiti come astorici e le vicende nelle quali sono coinvolti. La loro connessione può trasformarsi nel tempo, eppure si mantiene fedele a se stessa. È un ordine entro il quale viene pensata la storia del diritto. Il giurista, per quanti strumenti filologici e memorie del passato possa attivare, non esce da questo ordine. Il fondatore della Scuola storica applica la metafora del calcolo ai concetti giuridici. Echeggia motivi kantiani ed anticipa tendenze matematizzanti della pandettistica (ma ricordo che spunti in questo senso già erano in Leibniz). Cfr. Savigny (1814, II ed. 1828, trad. it. 1982), 196 s.: « In ogni triangolo vi sono certi dati dal cui rapporto derivano contemporaneamente e necessariamente tutti gli altri: il triangolo è dato da essi, ad esempio da due lati e dall'angolo compreso. Analogamente ogni parte del nostro diritto contiene elementi dai quali derivano gli altri: possiamo chiamarli i princìpi fondamentali. Individuare tali princìpi e partendo da essi cogliere l'intimo rapporto e il genere di relazione che unisce tutti i concetti e i princìpi giuridici, è compito tra i più difficili della nostra scienza, anzi è proprio quello che dà carattere scientifico al nostro lavoro ». Aggiungo che per Savigny i princìpi vengono dalla tradizione.

I dogmi sono proposizioni linguistiche o categorie riassuntive di proposizioni linguistiche, legate all'idea di autorità o a quella di ragione. Essi governano le narrazioni giuridiche. Le ancorano ad un ordine definibile al di fuori ed indipendentemente dalle varie situazioni storiche. Le singolarità e le possibili innovazioni si immaginano tutte interne ai dogmi, momenti di uno sviluppo.[14] Quindi, la portata del particolare e delle spinte contraddittorie che muovono la prassi si cancella o è fortemente attenuata.

Il sinonimo più debole di dogmi è « istituti »: termine che ha un posto centrale nella trattazione di Savigny. Esso sembra riferirsi con maggiore immediatezza all'essere, alla realtà del diritto, ma nel discorso giuridico si traduce – al pari dei dogmi – in proposizioni e in categorie teoriche stabili.[15]

La conquista di una separazione (sia pure relativa) dell'elemento tecnico dall'elemento politico permette di rielaborare i materiali normativi antichi, destoricizzandoli e piegandoli al presente. Del resto essi, in quanto parte della tradizione, comunicano con la coscienza popolare. Non se ne distaccano, sebbene possano trasmigrare verso altri popoli.

La dogmatica nasce civilistica, ruota attorno ai diritti soggettivi: agli idoli della proprietà e del mercato, ma supera presto i confini originari. I fondatori del diritto pubblico tedesco esplicitamente segnalano il trasferimento degli schemi privatistici entro lo *Staatsrecht*.[16] Anche qui la scienza costruisce una rete di concetti tecnici, dei quali predica la verità (cioè la funzione cognitiva) e che sono tali da garantire una raffigurazione spoliticizzata dei meccanismi statuali. In questa prospettiva, lo Stato rassomiglia al mercato: si tenta di definirne le forme *a priori* rispetto all'esperienza.

14 La nozione di « sviluppo » (*Entwicklung*) presuppone un referente, un soggetto: un complesso logico di categorie reciprocamente correlate, delle quali si predica il divenire; ma non è mai un divenire che sovverte i modelli del passato.

15 Von Savigny (1840) 9 ss., trad. it. 38 ss. Cfr. il riferimento a « tutto il complesso dei rapporti storici e dogmatici », *ibidem*, 215, trad. it, 223.

16 Von Gerber (1852) 36 s., (trad. it, 1971) 34 s. (Il volume italiano comprende due traduzioni: quella dello scritto del 1852 e quella di un lavoro successivo: *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden 1880): « Zunächst ist es das ganz Formelle, die juristische Construction, welche das Staatsrecht vom Privatrechte entlehnt. Die ganze Summe allgemeiner juristischer Begriffe, welche im Privatrechte in ihrer Einfachheit und ursprünglichen Reinheit zergliedert werden, braucht auch das Staatsrecht, und zwar in ganz gleicher Weise ». Su questa prospettiva e sulla convergenza Gerber-Laband restano illuminanti le pagine di Wilhelm (1958, trad. it., 1974) 143 ss. (con richiamo agli scritti più significativi).

Kelsen spiegherà nel 1933, a proposito della nozione di diritto soggettivo, quale sia il senso e la finalità dell'*a priori* giuridico: esso serve a legittimare e a perpetuare strutture concrete del diritto e della vita sociale.[17] Lo schema ideale dello *ius* riferito al soggetto libero, sottratto ai vincoli feudali – quello che Grozio aveva chiamato *qualitas moralis*, il privato che precede le leggi ed è insito nella natura – serve ad affermare l'intangibilità della proprietà privata. L'ordinamento non può osare sopprimerla. La libertà di avere e di disporre e le norme piegate a tale libertà, tendenzialmente universale, si rassomiglieranno in tutte le « nazionalità che la comune religione cristiana aveva riunito », per usare le parole con le quali Savigny fissa l'ambito spaziale a cui si applica il sistema civilistico.[18]

È proprio il maestro della Scuola storica tedesca a prevedere realisticamente, nel 1840, quali siano entro la dimensione pratica dei rapporti sociali gli effetti che seguono alla universalizzazione del privato. Cadono gradualmente i residui delle società premoderne. Si afferma un modello di distribuzione dei beni che prevede « proprietà privata e godimento privato, dipendente dalle libere contrattazioni o da eventi naturali riconosciuti dal diritto positivo » (la prima causa, lo scambio libero, è evidentemente quella di maggiore peso e rilievo). Savigny coglie il nesso tra l'assoluta libertà economica dei privati e la disuguaglianza.

> Questa forma, predominante dappertutto, è la sola con cui noi abbiamo a che fare nel diritto privato. Su ciò riposa il concetto della proprietà, il cui pieno riconoscimento ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti.[19]

La proprietà privata, come la libertà di comprare e vendere beni (tra cui la forza lavoro) è un istituto. Non solo un insieme di regole, ma un dato della realtà, una struttura dei rapporti sociali: un segmento di natura, che si riversa nel diritto civile. Un dogma che si appropria dell'esperienza.

Il diritto romano resta sullo sfondo: è un forte (persuasivo) fattore legittimante dell'assetto proprietario moderno, che ha nell'assolutezza del *dominium* il proprio emblema.

17 Kelsen (1933) 121 ss. Il saggio uscirà un anno dopo a Vienna, nella versione tedesca.
18 Von Savigny (1840) 80, trad. it. 100 s.
19 Von Savigny (1840) 369, trad. it. 368 s.

3. Comparazione e trapianti

Il rapporto fra comparazione e storia emerge con nettezza nel pensiero giuridico francese all'inizio del nuovo secolo. Scrivendo sul diritto comparato, in una vasta trattazione pubblicata nel 1903, Eduard Lambert richiama l'esperienza tedesca dell'Ottocento, mettendo in luce le combinazioni normative e il confronto tra norme difformi, su cui Savigny si era soffermato. Quel che gli interessa è la via tedesca alla codificazione: il retroterra del *BGB*.

I giuristi che in Germania hanno trattato il diritto privato vigente sono passati attraverso procedimenti di comparazione. Hanno seguito il modello logico che era stato teorizzato dalla Scuola storica, riguardo ai rapporti fra tradizione romanistica, sistema e normazioni speciali. Hanno fatto i conti (i germanisti con una maggiore attenzione alla concretezza, i romanisti muovendosi sul terreno dei concetti generali e del sistema) con i diritti speciali ereditati e con la presenza durevole dell'*usus modernus Pandectarum*, nel processo di formazione del diritto civile moderno. Scrive Lambert:

> Prima della codificazione del 1896, i trattati di diritto civile tedesco (*Deutsches bürgerliches Privatrecht*, *Deutsches Privatrecht*) hanno costituito dei veri trattati di diritto civile comparato, con questa particolarità, che gli elementi di comparazione sono stati forniti loro esclusivamente dalle numerose legislazioni che si dividevano il territorio della Germania. I più importanti di questi trattati di diritto comparato tedesco sono stati composti da storici del diritto e sono da un capo all'altro animati dal soffio della storia. È così, per limitarmi ad un solo esempio, che il libro fondamentale di Stobbe, non è soltanto un luminoso manuale di diritto civile tedesco, ma contiene sparsi tutti gli elementi di un eccellente manuale di storia del diritto civile tedesco.[20]

Studio storico e comparazione appaiono come strumenti di conoscenza e descrizione da usare in riferimento ad esperienze giuridiche eterogenee e contemporaneamente come vie per costruire un'unità non arbitraria. L'evoluzione di questi *iura propria* è comune. Così nella comparazione tra diritti nazionali diversi, si tratta ugualmente di far emergere la sostanza comune. Le norme riferite ad una medesima materia, all'interno di paesi che hanno lo stesso livello di civiltà, convergono inevitabilmente. Si prestano ad una con-

20 Lambert (1903) 51.

cettualizzazione unitaria. Com'era avvenuto in Germania, così è possibile che la scienza civilistica operi su scala europea.[21]

Lambert è tra i protagonisti del Congresso internazionale di diritto comparato che si svolge a Parigi in occasione dell'Esposizione universale, dal 31 luglio al 4 agosto del 1900. Presenta una relazione dal titolo "*Conception géneral, definition, methode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'einsegnement du droit*". Al centro del Congresso vi è un ottimismo cosmopolita più pronunziato di quello che abbiamo visto nel Savigny del 1840 e un'idea di comunicabilità della cultura europea, che ha un riscontro oggettivo nell'espansione coloniale degli Stati più ricchi.[22]

I temi affrontati trovano un esteso sviluppo nel libro del 1903, ove spicca una parte storica prevalentemente costruita intorno alla dicotomia *droit écrit-coutume*, rilevante per il pensiero francese ed assunta come base concettuale per una rassegna storiografica sulle antichità giuridiche, dal diritto ebraico a quello musulmano, a quello romano. Il rapporto tra consuetudini e leggi permette all'autore di cogliere, anche nell'ambiente giuridico che lo circonda, la relatività della legge. Mette così in discussione sul piano teorico quello che considera un dogma da cui liberarsi, l'immobilità delle norme (specie quelle del codice), rispetto alle quali l'integrazione attraverso gli usi e attraverso la giurisprudenza risulta insopprimibile.

Nonostante l'esotismo e la lontananza degli esempi storici, tutta la dialettica tra norme e prassi, tra legge e giurisdizione ci appare strettamente legata al ruolo costruttivo che la comparazione assume come prodotto europeo. I tratti giuridici che si ricavano dalla storia e dall'analisi dei diritti in

21 La stessa rappresentazione è recentemente ripresa, a fondamento della comparazione, da Bran Akkermans (2009): « The rise of comparative law as a subject of study meant the rediscovery of the period of *Ius commune*, in which there has been a common law of Europe ». Non vi sono riferimenti temporali; ma viene in mente l'uso della tradizione del diritto romano, non solo nel medio evo. Con un accostamento suggestivo, Cassese (2003) 25 s., 73 s. ha citato proprio *Il medio evo del diritto* di Francesco Calasso per spiegare il rapporto fra il diritto dell'Unione europea, creato da tecnostrutture sovranazionali e gli *iura propria* dei parlamenti nazionali. Piuttosto, il rapporto con gli Stati e con i loro diritti positivi riguarda la categoria *ius commune* nell'accezione che assume agli albori dell'Europa moderna, quando indica il diritto costruito dalla scienza, composto secondo un ordine che si vuole « naturale », come scrive Doneau.

22 Augusti (2016) 24 ss., sul progetto coloniale e sulla « linea evolutiva predesignata che è, evidentemente, quella del diritto occidentale »; sul metodo per decostruire questa visione, *ivi*, 16.

vigore nel vecchio continente costituiscono le basi per le innovazioni nelle leggi, come per il loro sviluppo ed il loro arricchimento attraverso l'interpretazione.

I dati giuridici particolari sottoposti ad unificazione hanno un'evoluzione comune. Appartengono alla stessa vicenda. Le legislazioni europee sono passate attraverso le medesime epoche: « l'histoire de notre droit n'y figure que comme partie intégrante de l'histoire commune de ces legislations ».[23]

Dunque la categoria "diritto comparato" indica un insieme giuridico, messo in relazione ad altri insiemi: un diritto spiegato ed emendato in base a quanto risulta dal confronto con gli altri. Tutto ciò sul presupposto che i problemi da risolvere in società affini siano fondamentalmente gli stessi e che gli ordinamenti giuridici contigui o partecipi di una medesima storia convergano nei princìpi e nelle finalità. Ecco un esempio di legame tra lo studio del divenire e la ricerca di affinità tra mondi separati. Raimond Saleilles parla in proposito di un « diritto comune dell'umanità civilizzata ».[24]

L'idea di strutture omogenee che stanno al di fuori dei dati (definiti) giuridici rende la comparazione – come nota Lambert – non limitata al piano delle regole astratte, ma capace di attingere alla vita sociale. L'osservazione sociologica si lega così alla conoscenza giuridica. E nello scenario internazionale sia la convergenza tra gli Stati sia la somiglianza delle rispettive società spingono verso la prospettiva dell'osmosi tra regolamentazioni.

Il pensiero sulla condivisione giuridica, che la cultura francese propone intorno agli inizi del Novecento, è destinato ad essere ripreso in varie forme fino ad oggi. Il cosmopolitismo della *belle époque* (l'illusione travolta nel 1914) presenta aspetti ideologici che sembrano anticipare la diffusa fiducia, degli anni successivi al 1989, nella estensione globale del capitalismo e nell'imporsi di meccanismi economici identici in regioni e storie diverse.

Agli albori del Novecento, armonizzazione, unificazione sono finalità che la scienza giuridica indica come sbocco oggettivo del progresso economico e della omogeneità delle forme sociali, anzitutto in Europa (con un confronto aperte tra *civil law* e *common law*), ma poi con un'apertura anche più ampia, ovunque arrivi la circolazione dei modelli privatistici.

23 Lambert (1903) 53. Questa omogeneità di tempi vale per L'Europa continentale. Ma non è preclusa (anche se meno immediata) la comparazione con la giurisprudenza inglese (ibidem, 95 ss.).

24 Saleilles (1900) 383 ss. Vedi in proposito Somma (2014) 47 ss.

Questo messaggio giunge sostanzialmente intatto fino a noi. Viene indicato un percorso graduale, nel quale occorre anzitutto puntare sulla determinazione e la condivisione di princìpi, per avvicinare le legislazioni. Ancora una metamorfosi della categoria *ius commune*, che funziona come modello regolativo per le discipline privatistiche: come involucro di contenuti irriducibili al passato.[25]

Lambert prende tra l'altro in esame i trapianti di norme del codice francese in altri ordinamenti. Sono anche questi un segno di affinità. Determinano una comunicazione tra scienze giuridiche nazionali, capaci di riempire lacune, di favorire uno sviluppo parallelo dei rispettivi diritti interni.[26]

Accanto ai trapianti legislativi, ve ne sono altri, che riguardano gli schemi teorici e l'interpretazione. In questo quadro, il soggetto che compie l'analisi comparativa è soprattutto il giurista: egli risolve problemi di diritto interno ed orienta la giurisprudenza verso opzioni ricalcate su altri ordinamenti. Il confronto ha insomma una serie di visibili ricadute pratiche. Secondo lo studioso francese, l'esame delle differenze serve per la scelta di soluzioni prescrittive che possano trasportarsi da un'esperienza all'altra.

« Guider et activer le mouvement de la jurisprudence »: questa via al progresso (nella quale si avverte l'eco delle teorie di François Geny) non può che fondarsi su una spinta dall'esterno.[27] Le scienze sociali e soprattutto lo studio dell'economia – osserva – non forniscono un appoggio sufficientemente fermo. Una maggiore sicurezza è data dalla scelta di segmenti norma-

25 Il tema è attuale. Vedi in proposito Bonell (2012) 39: « salvo rarissime eccezioni, una unificazione del diritto... potrà essere realisticamente tentata soltanto tra Stati già in qualche modo legati tra di loro da valutazioni e interessi di carattere politico, economico e sociale comuni ». Ma queste condizioni di omogeneità – osserva l'autore – « attualmente valgono per un numero ristretto di Stati ». Ne consegue che l'obiettivo dell'unificazione è di portata ristretta ed è difficile. Perciò si prospetta una via diversa, che ripropone sotto altre forme la connessione tra diritto comune e *iura propria* teorizzata nell'Ottocento o – ancora prima – i princìpi derivati dal diritto romano che Vinnen indicava come generale *norma iuris* per l'Europa. Insomma, viene recuperato un vecchio modello, che la scienza giuridica europeo-continentale aveva posto a base delle costruzioni moderne: « proprio perché il più delle volte mancano le premesse di fondo per potersi procedere ad una unificazione in senso stretto dei diversi sistemi positivi nazionali, converrebbe accontentarsi, quanto meno in un primo momento, con una loro unificazione in senso ampio o semplice armonizzazione ». Ciò significa fissare « i soli princìpi e le norme cardine », che i legislatori nazionali dovranno seguire.

26 Lambert (1903) 26 ss.

27 Lambert (1903) 38 ss.

tivi scoperti attraverso il confronto e che vengono dall'uno o dall'altro ordinamento.[28] Sono le soluzioni che appaiono più adeguate ai bisogni sociali. Per il loro tramite si individuano elementi di cui anche la scienza economica può dare conto. Ma il lavoro di costruzione di un sistema giuridico ideale si svolge tutto al livello del diritto.[29] L'opzione tra norme o tra interpretazioni è impersonale rispetto alla logica delle utilità individuali, a cui si riferiscono i modelli privatistici. A tratti, sembra affiorare l'immagine di un'attività di governo dei giureconsulti e dei giudici.[30]

Nella visione di Lambert, insomma, il movimento del diritto prevale su quello dell'economia. D'altro canto, i giudizi di valore circa le soluzioni da adottare hanno una forza, una persuasività sociale, indipendentemente dai precedenti storici. La comparazione assume un ruolo autonomo, individua bisogni oggettivi, fornisce indicazioni affinché le norme corrispondano ad un interesse generale.

La « politica della legislazione » che si genera attraverso i confronti e le scelte (di legislatori, giuristi, giudici) corrisponde all'elemento cosciente della produzione giuridica e non alla sua base istintiva;[31] è portatrice di riforme e sfugge perciò alla continuità. Su questo punto, l'autore abbandona le categorie di origine savigniana. Propone un'idea di *politique juridique* che crea diritto non solo con le leggi, ma anche con le dottrine e con la giurisprudenza. Soprattutto essa sceglie soluzioni nuove e fa del diritto compa-

28 Lambert (1903) 44 s.: « De tous les instruments susceptibles d'être employés pour la recherche des solution juridiques les plus conformes aux exigences actuelles de l'équité et de l'utilité sociale, le moins imparfait et le plus généralement utilisable est le droit civil comparé. L'étude du droit civil comparé permet au jurisconsulte de profiter des expériences tentées à l'étranger; de se renseigner sur la manière dont les diverses réglementations données à une même matière par les législations des principaux pays de même civilisation se sont comportées à l'épreuve de la pratique; sur les mérites et les défauts que cette épreuve a révélés; sur les resultats économiques de chacune de ces réglementations. Elle lui facilitera ainsi dans une large mesure la dècouverte des règles les mieux adaptèes aux besoins de la societè contemporaine; de celles vers lesquelles il convient d'orienter dans la mesure du possible le mouvement des jurisprudences internes ». Questa lunga citazione mette in luce come l'analisi comparativa sia finalizzata alla scelta della soluzione (che può ritenersi) migliore in funzione del governo della vita sociale.

29 Lambert (1903) 49: « C'est surtout par l'intermédiaire du droit civil comparé que peut se fair sentir dans les jurusprudences internes le contre-coup de tous les progrès de l'économie politique ».

30 Lambert (1903) 163 ss. Cfr. *ivi*, 110 ss., ove critica il dogma della immobilità della legge.

31 Lambert (1903) 107 ss.

rato uno strumento per trarre dai singoli oggetti di studio insegnamenti generalizzabili.[32] Nulla in questa ricerca è predeterminato.

Il tema dei trapianti, con un atteggiamento simile, sarà trattato, in tempi più vicini a noi, da un libro di Alan Watson. Anche qui, settant'anni dopo Lambert, si enfatizza l'autonomia del dato giuridico. E si riconosce che ogni recezione dipende da un'analogia dei problemi da risolvere. La norma o la decisone, nata da un altro insieme prescrittivo, può essere ricalcata se i problemi sono gli stessi. Il che apre la strada, ad una considerazione di aspetti non strettamente giuridici.[33]

Gli enunciati teorici che ho fin qui esaminato permettono di fissare la base di partenza delle discussioni contemporanee. Vi è un nesso tra storicismo e comparazione. Entrambe le prospettive, da Savigny a Lambert – pur con le differenze che ho segnalato – tendono alla costruzione di un "diritto comune", che va oltre le leggi e nel quale è fortemente coinvolta l'interpretazione. Anche l'orizzonte giusindividualistico, cui ho accennato a proposito di Savigny, rimane fermo da un secolo all'altro.

In una rapida sintesi circa l'uso della comparazione nei diritti nazionali Jan Smits ha fissato di recente i diversi piani su cui questa si sviluppa, divenendo una sorta di sapere costitutivo rispetto ad una serie di creazioni giuridiche nazionali: « the use of comparative law in creating, reforming and interpreting national law ». Un sapere relativo alle analogie e alle differenze, che richiama le impostazioni già definite tra Ottocento e Novecento, e le amplia, oltre l'Europa (pur sottolineando maggiori difficoltà opposte negli Stati Uniti alla tecnica dei trapianti).[34] Si può spiegare questa tendenza totalizzante, legandola all'idea di civiltà comune?

32 Lambert (1903) 901 ss.: « Le droit civil comparé n'est pas l'organe même de la politique juridique: il est seulement l'un de ses plus précieux instruments de recherche ... En observant la marche et les vicissitudes de toutes les expériences législatives et jurisprudentielles qui se poursuivent simultanément dans les divers pays qu'embrasse sa comparaison, il donne aux enseignements qui se dégagent de chacune d'elles une portée internationale. Il produit à cet égard les effets spécifiques de l'association et de la solidarité ». L'obiettivo è associazione, solidarietà: ciò che riassumo nel termine « armonizzazione ». In sostanza, una spinta unificante.

33 Watson (1974, 2. ed. 1993, trad. it. della prima edizione, 1984), spec. 1 ss. (tutto il capitolo 1). Sulla discussione intorno ai *legal transplants*, vedi Augusti (2016) 5 ss.

34 Cfr. Smits (2006) 513 ss.: « It is well known that, alongseid the scholarly pursuit of knowledge of similarities among and differences between legal systems, comparative law may also fulfil a role in national legal practice. The most obvious example of this is the use of

La « civiltà » – evocata in forme diverse da Savigny e da Saleilles – era un blocco che conteneva in sé aspetti economici e culturali.[35] Ora, nel mondo che è davanti ai nostri occhi, il quadro di riferimento si semplifica. Lo spazio che accomuna le esperienze messe in relazione e nelle quali opera il confronto è definito soprattutto in termini economici.

Ciò appare tanto più vero se si considera l'influenza diretta che l'economia esercita sui processi sovranazionali di armonizzazione (o omologazione) giuridica. Nel contesto attuale, i soggetti economici privati non attendono che l'armonizzazione giunga dalla politica e dal diritto. Essi traggono vantaggio dalla concorrenza tra diversi ordinamenti. Valutano quali siano le regole alle quali sottoporre gli affari di cui sono protagonisti; decidono entro quale ordinamento portare i propri investimenti.[36]

Secondo l'immaginazione neoliberale, la scelta delle regole più convenienti alle negoziazioni ed alla stessa attività produttiva è tale da determinare un addensarsi di iniziative economiche entro gli ambiti giuridici che i privati ritengono maggiormente vantaggiosi. Tutto ciò favorisce la crescita del volume di affari, la creazione di ricchezze ed è un potente incentivo al superamento delle differenze giuridiche. I diritti diversi tendono infatti a conquistare un uguale grado di attrattività, uniformandosi alle esigenze che maturano nel mercato.

Quindi, dalla spontaneità dell'iniziativa economica discende l'armonizzazione: così sostengono i fautori del mercatismo giuridico. L'osmosi tra le esperienze giuridiche appare, in questa ottica, come il portato di una naturale selezione e costruzione di regole utili: in realtà è una proiezione degli interessi dominanti nell'economia globale.[37]

comparative law by national legislatures and courts in creating, reforming, and interpreting national law. This practical use of comparative law by institutions has increased considerably over the last few decades. Particularly in Europe, comparative reasoning seems to play an even larger role in drafting statutes and deciding cases ». Mi sembra che l'autore finisca per mettere al centro della sua sintesi il « ragionamento comparativo », come un dato storico dal quale i discorsi odierni sul diritto non possono prescindere.

35 Ricordo che Savigny costruisce l'assolutezza del *dominium* e il diritto patrimoniale, ponendo come sfondo la storia comune delle nazioni cristiane.

36 Vedi in proposito Zoppini (2004) 5 ss.

37 Ne svela le finzioni sul piano teorico Alpa (2004) 43 ss. Ma sulla forza di cui è capace il mercatismo giuridico vedi A. Somma(2017b): « A bene vedere l'idea di una competizione tra ordinamenti costituisce un orizzonte sempre più realistico per la costruzione europea, che nel tempo ha abbandonato la tensione verso l'uniformità imposta dall'alto come suo

La concorrenza tra gli ordinamenti, come quella tra i soggetti economici, diviene un'occasione di incremento dell'efficienza allocativa dei mezzi di investimento e delle merci.[38] Spinge verso l'omogeneità delle garanzie di libertà economica e di non ingerenza dei pubblici poteri.[39]

4. Ancora sulle radici romanistiche

Torniamo ora all'intreccio tra studio storico e comparazione, fondato sull'idea di continuità. Lo abbiamo visto nello storicismo giuridico d'impronta conservatrice. Mentre disegna l'immagine di una totalità che vive nel tempo e che la scienza deve scoprire, non solo getta le basi delle trattazioni pandettistiche, ma fissa contemporaneamente uno statuto teorico più generale, legato al riconoscimento di dati invarianti nelle vicende giuridiche. Esso condiziona la cultura novecentesca.

Il modello storico-dogmatico (per usare l'espressione di Haubold) è ancora oggi presente e forte negli studi comparativistici. Esso riemerge nell'attuale dibattito (condotto specialmente in Germania) sull'unità possibile del diritto nello spazio europeo. E svela reminiscenze romanistiche.

« La nostra situazione in Europa oggi è simile per molti aspetti a quella della Germania agli inizi del diciannovesimo secolo ». Così scrive Reinhard Zimmermann nel 1996, riferendosi al campo del diritto privato.[40] Torna l'esempio segnalato da Lambert.

La somiglianza tra i due contesti è nella eterogeneità delle normazioni e nell'esigenza di armonizzarle. Muovendo da questo parallelismo, Zimmer-

tratto identificativo. Nello stesso senso sembra militare il crescente favore con cui si guarda all'integrazione differenziata, declinata sotto forma di Europa a più velocità, prospettiva sponsorizzata dalla Germania, sulla quale la Commissione ha recentemente invitato a riflettere ». Il punto d'arrivo è che « l'istituzione o la regola vincente finisce per monopolizzare il mercato ».

38 Vedi Somma (2017a) 103 ss., che ricorda il caso Centros. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce il diritto di considerare Paese di origine dell'impresa, quello nel quale sia comunque registrata una sua sede, anche priva di operatività. Il criterio formale consente di andare a cercare l'ordinamento che, in confronto agli altri, sia più vantaggioso per l'impresa. Ciò si accorda con il definitivo tramonto dell'idea di funzione sociale dell'impresa, segnalato con parole adesive da Flick (2000) 7.

39 Cfr. al riguardo Alpa (2014) 394 ss.

40 Zimmermann (1996) 576 ss. Questo scritto delinea incisivamente le tesi poi sviluppate in Zimmermann (2001) spec. 6 ss. e 107 ss.

mann riflette sugli scritti da cui nasce la Scuola storica ed analizza la posizione di Savigny. Estrae alcuni motivi che gli paiono utilizzabili dai giuristi del nostro tempo.

In primo luogo, tiene ferma l'immagine della scienza che muove dalla vita, per svilupparsi con una relativa autonomia. Ribadisce il rapporto con il divenire storico, che non conosce discontinuità.

In secondo luogo, egli sottolinea come nel disegno savigniano la massa delle regole sia un insieme ordinato. All'interno di questo si possono dedurre le norme e le qualificazioni dai princìpi.

In terzo luogo, Zimmermann avverte che questo insieme (il « sistema ») è una totalità non arbitraria, in quanto ha alle spalle una formazione plurisecolare iniziata con il diritto romano. Si torna così al divenire e alla tradizione.

Ciascuno dei motivi segnalati rimanda ad una concezione nella quale sistema e storia si identificano.[41] Il che legittima le costruzioni scientifiche. D'altro canto, i trapianti sono credibili, come pensava anche Lambert, poiché stanno dentro una storia comune

Zimmermann propone nuovamente la lettura delle fonti giuridiche romane quale base unificante per il diritto privato. A suo avviso, la comune ascendenza dei diritti nazionali dell'Europa e l'influsso di quelle fonti spiegano l'unità tra storia e scienza; inoltre fanno da premessa alla concettualizzazione unitaria di *civil law* e *common law*. Ecco il legame su cui deve fondarsi la comparazione.[42] Egli indica la necessità di ripensare la « seconda

41 Questo è il messaggio prevalente della Scuola storica; e alla fine il denominatore comune: si pensi ai tratti teorici che collegano Puchta e Savigny. Non vi è insomma uno storicismo individualizzante, ma piuttosto un'immagine del divenire che presuppone i dogmi. Non sembra plausibile la netta separazione (sostenuta da autori come Solari ed Orestano) tra il Savigny del biennio 1814–15 ed il Savigny autore (venticinque anni dopo) del *System des heutigen Römischen Rechts*. Nella prima fase prevarrebbe un orientamento relativizzante: un'apprensione delle particolarità che non ne ricerca il fondamento razionale né le riconduce a modelli sovrastanti; nella seconda fase si avrebbe il ritorno alle astrazioni settecentesche. Non è così. La sua visione dei fenomeni giuridici, nel primo quindicennio dell'Ottocento, è condizionata dai modelli kantiani. Ed affiorano spunti di filosofia della storia, che ritroveremo nel *System.* Richiamo, su questo punto, un mio vecchio lavoro: Brutti (1980) 265 ss.

42 Zimmermann (2001) 112, a proposito delle vicende storiche che possono assumersi come sostrato del legame teorico: « Roman Law, Canon Law, indigenous customary law, feudal law, the Law Merchant, Natural law theory: these were the most important ingredients in

vita del diritto romano », dal medio evo alla pandettistica, concentrando lo studio storico e teorico sulle vicende degli istituti, poiché in esse possono trovarsi le ragioni unificanti ed in particolare le occasioni di incontro con la formazione del *common law.*

Ma davvero si può sostenere che tra il medio evo e la modernità vi sia stata una « seconda vita » del diritto romano? Se solo spostiamo lo sguardo dalle forme giuridiche ai contesti entro i quali esse vengono trasmesse, le diversità di senso e di funzioni balzano agli occhi e si spiegano le evidenti metamorfosi nei rapporti tra norme e fatti, le novità nelle articolazioni teoriche applicate ai concetti della tradizione (soprattutto nel tempo moderno). Perciò non può che essere illusoria la continuità degli istituti, che fa da cornice ad una ricerca sugli elementi unificanti di un nuovo diritto privato europeo. Il concetto di "istituti" è tipicamente ottocentesco e presuppone il sistema; come il ricorrere dei dogmi.

Apparentemente, il metodo proposto è dettato dalla sopravvivenza di categorie provenienti da epoche antiche e dalla continuità che si scorge nel rapporto tra *civil law* e *common law*. Secondo Zimmermann, è la parentela tra le due grandi formazioni giuridiche dell'Occidente (a suo parere in più punti individuabile) che fonda la comparazione e quindi un discorso capace di comprendere entrambe. Attraverso l'esame analitico di singoli istituti la distanza si può colmare, segnalando analogie o influssi del diritto continentale su quello inglese. « Bridging the Channel »: è questo l'obiettivo.[43]

Ma così, postulando la continuità anche là dove vi sono soltanto contatti empiricamente rilevabili tra mondi giuridici separati, si ripropone costantemente un indirizzo consolidato nella *Rechtswissenschaft*, che consiste nell'ancorare lo studio e il confronto ai dogmi. Non si guarda oltre e si fa slittare la descrizione dalle forme concrete e peculiari di ciascuna esperienza alla ricerca delle invarianti: cioè di schemi astorici.[44] L'armonizzazione non è una

the development of continental law. All of them, in various ways, also shaped the English common law. Protagonists of this development, on both sides of the Channel, have been Parliament, Courts and academic writers ». Da qui una *Western legal tradition*.

43 Zimmermann (2006) 557 ss.

44 Cfr. Zimmermann (1990) xi: « Throughout the centuries, Roman (civil) law never ceased, through various channels, to exercise a considerable influence on English law and jurisprudence ». Restano certo, secondo l'autore, le differenze (ma ve ne sono altrettante – egli osserva – tra l'esperienza francese e quella tedesca). Occorre far leva su ciò che è simile: « it

scelta di politica del diritto, ma un portato di vicende e somiglianze oggettivamente unificanti.

5. Un approccio individualizzante, nella scienza italiana del Novecento

Una critica agli schemi invarianti è espressa, all'interno delle dottrine italiane nel Novecento, dagli studi comparativistici di Gino Gorla. Mi soffermo su di essi, poiché si allontanano radicalmente dall'impianto di origine pandettistica e danno luogo ad una ricerca disinteressata, che non punta alla legitti-

would appear to be a fruitful exercise to try to explore a common basis for comparative legal studies ». Ciò è possibile concentrandosi « not so much on the distance and the differences between common law and civil law as on their proximity and similarities; and to attempt a comparison of legal solutions against the background of a common "Western" civilization ». A questa corrente, che può definirsi neopandettistica, si riferisce Somma (2014a) 44, quando parla dei « comparatisti che, volendo contribuire all'unificazione del diritto in area europea, considerano il diritto romano una fonte di princìpi latenti capaci di evidenziarne la trama ». L'idea dei princìpi latenti ci riporta a Jhering e a Betti: vale a dire alle due più rigorose teorizzazioni (tra Ottocento e Novecento) della dogmatica come scienza e come base delle narrazioni storiche riguardanti il diritto. Somma coglie il senso ideologico dell'unificazione che oggi si propone a partire dal diritto romano: « Ebbene quei comparatisti finiscono col presentare come scelta tecnica legittimata dal suo essere sintonizzata con la tradizione, un'opzione tanto politica quanto la contestuale esaltazione del carattere individualista del diritto romano. Il tutto concepito anche per restituire alla dottrina il ruolo di fonte di produzione dei precetti ». Si può osservare in proposito che la struttura epistemica della dogmatica è fungibile per più usi, e non necessariamente legata all'individualismo. Ciò emerge dal pensiero di Betti. Anzi, come sappiamo, il giurista italiano (che ha influenzato nel nostro Paese i modi correnti di intendere la dogmatica) attribuisce ad essa una valenza che è in contrasto con il giusindividualismo. Lo si vede nella critica rivolta contro il "dogma della volontà" e nella diversa configurazione che egli dà all'autonomia negoziale, rispetto agli insegnamenti pandettistici. Cfr. Brutti (2013) 117 ss. Resta il fatto che la dogmatica è strutturalmente portata a legittimare rappresentazioni ideologiche del diritto e che si pone tendenzialmente in termini assoluti, come non controvertibile. Questo era l'impianto della pandettistica ed ho già cercato di mostrare che l'idea del passato, dell'antichità romana, quale fondamento del presente, legittimava il sistema. Le suggestioni pandettistiche sono ancora (o nuovamente) molto presenti negli studi di diritto romano e ciò rafforza la tendenza a deformare lo *ius* antico per trarne precetti e schemi concettuali spendibili in rapporto alle discipline privatistiche odierne. Aggiungo, per concludere, che l'intera costruzione volta a trovare una base dogmatica nella tradizione, per fondare su di essa un diritto comune (o princìpi comuni) nello spazio europeo, è tutt'altro che campata in aria, poiché l'individualismo pandettistico può funzionare come impianto concettuale adatto al dominio del mercato.

mazione ideologica delle categorie giuridiche. Il distacco polemico dagli insegnamenti della dogmatica e l'uso di argomentazioni d'impronta crociana (sui concetti giuridici distanti dalla realtà) inducono Gorla a scartare le sistematiche tradizionali e a proporre piuttosto un approccio individualizzante alla descrizione del diritto, che si identifica con la storiografia.[45]

Il tentativo di fondare il diritto comparato sull'integrale storicizzazione di oggetti di studio che appartengono ad ordinamenti diversi comincia nel 1949, quando egli soggiorna e lavora negli Stati Uniti. L'incontro con il *common law*, l'analisi volta alla dimensione casistica di quel diritto, che comporta un ruolo più incisivo del giudice, e poi le riflessioni sulla tematica contrattuale, svolte nei corsi tenuti ad Alessandria d'Egitto durante gli anni Cinquanta, aprono una prospettiva nuova, fondata sul superamento della tradizione e del pensare sistematico.[46]

I concetti, le forme del mondo giuridico europeo-continentale non possono essere la base da cui muove la comparazione con altri ordinamenti. È necessario un procedimento di storicizzazione contemporaneamente applicato alle esperienze tra le quali si stabilisce il confronto. Intendo qui il termine "storicizzazione" nel suo significato più semplice: è un'indagine che fa emergere i particolari, l'individualità delle situazioni concrete. Il confronto si compie attraverso categorie costruite in via induttiva, muovendo dall'osservazione dei meccanismi giuridici nel loro concreto atteggiarsi.

È questo lo scopo dell'opera *Il contratto*, scritta tra il 1950 e il 1955. L'obiettivo è l'identificazione del contratto ad effetti obbligatori negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*. Per quanto riguarda i primi, Gorla muove una serrata critica al concetto bettiano di causa, sostenendone la inconsistenza. Rifiuta infatti l'enunciato secondo cui il requisito della funzione economico-sociale del contratto (intesa in senso deontologico, come funzione fissata dall'ordinamento e dettata alle parti) sia propria di ogni normazione relativa agli atti volontari volti alla cooperazione ed alle attività

45 Vedi in proposito Orestano (1987) 324, 368 s., che, proprio muovendo da Gorla, sottolinea il carattere integralmente storico della comparazione. L'approccio individualizzante è un punto di incontro tra questi due autori; e sono testimone del fatto che esso era parte di un sodalizio intellettuale: entrambi si erano distaccati, senza esitazioni, dalla dogmatica. Entrambi, nei loro rispettivi campi di studio, sfuggivano programmaticamente al condizionamento pandettistico.

46 Questo percorso è narrato in Gorla (1981) 1 ss.

economiche.[47] Perfino nel Codice civile esclude la sua centralità, sminuendo il senso dell'articolo 1322.

Eliminata ogni sovrapposizione di teorie generali, egli mette in luce come una pura obbligazione contrattuale si trovi – sia negli ordinamenti di *civil law* sia in quelli di *common law* – soltanto nel contratto di scambio in senso lato, cioè in quello nel quale le parti si fanno reciproche concessioni o consentono reciproci sacrifici. Entro questo genere di fattispecie (che richiama il synállagma, introdotto nella scienza giuridica romana da Labeone), il patto non può dirsi nudo e produce effetti giuridici. Il suo *vestimentum* è nella struttura dello scambio. Somiglianze e diversità sono ricavate dalla rilevazione empirica.

Così, mentre nel *civil law* il meccanismo dei *vestimenta* dei patti, cioè dei requisiti oggettivi oltre il mero consenso, sembra soprattutto ispirato alla protezione del promittente, con la previsione di una causa *suffisante*, *raisonnable* e *juste*, nel *common law* la disciplina del *contract* sembra piuttosto mettere in rilievo l'affidamento del promissario.[48]

La trattazione è vastissima. Il secondo volume costituisce un necessario complemento della parte storico-comparativa ed è rappresentato dall'analisi e dalla risoluzione di casi.[49]

> Prima di valutare – egli scrive – il sistema contrattuale di *civil law* e quello di *common law*, converrà mettersi nel contatto il più intimo possibile con la giurisprudenza o la *judge made law*, e vedere i giudici all'opera possibilmente nel loro ambiente e nell'organizzazione giudiziaria in cui operano.[50]

È evidente che il termine "sistema" è usato in un senso debole, non più legato al linguaggio della tradizione. Si avverte l'influsso di Tocqueville (studiato a lungo da Gorla) per quanto riguarda il ruolo che i giudici sono chiamati a svolgere nella democrazia americana. L'indagine si concentra sulla formazione del diritto attraverso le giurisprudenze. È un punto di vista che egli trae dal mondo anglosassone, ma che applicherà anche allo studio degli ordinamenti di *civil law*.

47 Gorla (1955) 199 ss.; su Betti, *ivi*, 201, nt. 1.
48 Gorla (1955a) 467 s.
49 Gorla (1955 b), spec. v. « Vogliamo noi uscire dal dogmatismo o dal principio autoritario, abito mentale cui hanno contribuito le codificazioni e altri fatti importanti della nostra storia? ». Questa ricerca ispira la trattazione casistica.
50 Gorla (1955a) 469.

Nella prolusione romana del 31 gennaio 1961, Gorla riassume le linee portanti della comparazione, come metodo per la formazione del sapere giuridico:

> La comparazione del diritto, essendo questo un fatto umano e quindi storico, vuol essere un processo graduale di conoscenza storica di due ordinamenti giuridici mediante il raffronto fra di essi. Processo graduale di conoscenza storica, che partendo dal gradino più basso di una specie di cronaca comparata, culmina nella storia comparata degli ordinamenti giuridici messi a raffronto.[51]

Ed aggiunge: « lo studio storico-comparativo può servire anche ad evitare i difetti di una teoria generale... storicamente agnostica »:[52] vale a dire indifferente rispetto al dato storico.

Invece, negli scritti di questi anni, si ha una vera e propria immersione nella storia. *Comparison involves history.*[53] I due volumi sul *Contratto* trattavano la storia dei concetti, legati alla prassi giuridica. Esperienze giuridiche diverse, anche di lunga durata, venivano descritte secondo elementi differenziali, quindi come individualità. Storicizzare i concetti significava vederli in relazione ai diversi momenti, assumerli in quanto funzionali a specifiche discipline. Ora invece diventa più forte l'interesse per i fatti, per il rapporto tra forme giuridiche e società, per il costituirsi e l'agire, in epoche diverse, degli organi giudicanti. Le vicende dei poteri giudiziari e della giurisprudenza diventano il filo conduttore da seguire nella scoperta dei modi di produzione del diritto, delle loro problematiche similitudini, della lontananza o della comunicazione.

È emblematico in questo senso un saggio del 1962: *Le "forme d'azione": studio storico-comparativo della common law*. Il confronto è tra l'organizzazione del tribunale cittadino dell'antica Roma (con queste parole si riferisce al *praetor*) e la Corte centrale di Londra nei secoli XII–XVII. La procedura romana *per formulas* segna – a suo avviso – un rafforzamento del potere magistratuale e della *iurisdictio*, nella dialettica tra *civitas* e gruppi inferiori. Similmente, la Corte londinese prende forza dalla sovraordinazione statuale rispetto ad un precedente pluralismo. È come se l'autore intuisse un'affinità

51 Gorla (1981) 8, nt. 9 e 51. La prolusione figura come il capitolo 2 nel libro del 1981. Il titolo è: *Interessi e problemi della comparazione con la "common law".*

52 Gorla (1981) 53.

53 Capovolge con queste parole l'enunciato programmatico di Frederic William Maitland (1850–1906), secondo la quale « history involves comparison ».

di percorso; ma sa che i referenti giuridici delle due vicende sono profondamente distanti e non omogeneizzabili.[54]

L'ultima fase della ricerca di Gorla, tra gli anni Settanta e Ottanta, concerne la storia del diritto giurisprudenziale o forense italiano e continentale in genere, nei secoli XVII–XVIII e in parte del XIX, e le vicissitudini delle istituzioni giudiziarie coeve.[55] Messi a fuoco nelle precedenti indagini i caratteri differenziali, egli passa all'analisi delle parentele storicamente dissimulate e da riportare alla luce tra diritti anglosassoni e continentali. Molti tratti, prima ritenuti peculiari del diritto inglese, gli appaiono adesso simili a quelli del diritto continentale, visto a partire dalla giurisprudenza, tra il Cinquecento e i primi dell'Ottocento. Il problema che si apre è: per quali vie ed in quale misura vi è stata una derivazione?

In uno scritto del 1980, seguendo giudizi provenienti dall'area nord-americana, egli imputa ai *common lawyers* tra il XVI e il XVII secolo di aver mutuato in silenzio (*silently borrowed* o *without acknowledgment*) dal *civil law* molti dei migliori princìpi e concetti del *common law* e di averli tratti dai *neglected civilians* inglesi.[56] Le nuove ricerche – sostiene – devono andar oltre questo silenzio.

La questione è aperta. Gorla non esce mai dall'orizzonte della ricerca storiografica, dalla considerazione di situazioni individuali. Questo tipo di approccio, se tenuto fermo, garantisce contro la tentazione di sopravvalutare i fenomeni di derivazione da un segmento normativo ad un altro e di seguire scorciatoie per un discorso unificante. Né i suoi scritti lasciano spazio alla raffigurazione ideologica di una continuità tra i sistemi giuridici occidentali.

6. A proposito di storia dei contesti

La ricognizione dei dogmi come base di schemi invarianti, la ricerca di una continuità tra i diritti dell'Occidente, l'analisi dei diritti messi a confronto come individualità: sono questi gli indirizzi prevalenti nell'incontro tra studio storico e comparazione.

54 Gorla (1981) 137 ss.
55 Gorla (1981) 10 s.
56 Gorla (1981) 877 ss., 902 ss., 907, nt. 10. Il titolo di questo scritto (che è il capitolo 27 del libro) è: *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*.

La storia dei dogmi serve a costruire una base *a priori* per l'armonizzazione. Pensare invece – come Lambert – che questa sia una strategia consapevolmente perseguita significa prendere le distanze dal determinismo, che è l'eredità conservatrice di Savigny (e che nel nostro presente finisce col perpetuare il giusindividualismo). Le tendenze deterministiche tornano oggi nelle tesi che postulano la continuità e l'unità profonda del mondo giuridico occidentale.

L'approccio individualizzante, che nella scienza italiana è stato sostenuto da Gorla, con la perfetta risoluzione della comparazione in storiografia, è un utile antidoto ai dogmi ed al continuismo. Come la storiografia, la comparazione è pura conoscenza,[57] è ricerca del *quid proprium* di ogni vicenda, è costruzione di schemi descrittivi a ridosso dei fatti: schemi elaborati sulla lettura e sul confronto delle esperienze giuridiche, non presupposti ad esse né immaginati come archetipi comuni.

Tuttavia, proprio rimanendo sul terreno della pura conoscenza, credo si possa tentare di andar oltre lo studio individualizzante. Il passo ulteriore è spostare l'asse delle indagini dalle discipline giuridiche ai loro profili funzionali e più ampiamente al contesto in cui ciascuna regolazione è inclusa.

Che cosa intendo per studio storico e comparazione dei contesti?

Il giuspositivismo come approccio teorico e come ideologia non contemplava analisi e confronti che andassero al di là dei segmenti normativi di volta in volta studiati. Invece, il salto fuori dal cerchio del dover essere è necessario, se vogliamo cogliere i significati che cambiano, le metamorfosi degli ordinamenti e le forme di vita che determinano le differenze tra i diritti, nello spazio e nel tempo.

Storiografia e comparazione conquistano un punto di vista esterno ai concetti giuridici se assumono ad oggetto le formazioni sociali. L'osservatore delimita un contesto (in termini spaziali e temporali), che risulta dalla correlazione tra interessi dominanti, regole giuridiche e persuasioni collettive. Questo intreccio di profili che si fondono è il referente della descrizione.

57 Cfr. Gorla (1981) 53: « Il diritto comparato è attività di conoscenza *pura*, conoscenza storica per raffronto, al punto che ben potrebbe trattarsi, ad esempio, della comparazione fra due diritti dell'antichità o fra diritto romano e diritto inglese ». E più avanti: « Ovvia la postilla che, nel quadro dell'insegnamento universitario, il diritto comparato, come attività di pura conoscenza, e in quanto distinto dall'insegnamento informativo del diritto straniero, dovrebbe stare sullo stesso piano del diritto romano (nelle varie accezioni di questo termine), della storia del diritto italiano e comune, e della filosofia del diritto ».

La nozione di « esperienza giuridica », che ha avuto una notevole diffusione negli studi italiani (e che io stesso impiego in senso descrittivo), ha in sé una vocazione all'apertura oltre le forme del diritto.[58] È utile perciò ad un discorso capace di sottrarre la storiografia e la comparazione ai dogmi e contemporaneamente di storicizzare il nesso tra economia e morfologie giuridiche. Se scegliamo l'ipotesi di lavoro che vede il diritto come parte non spiegabile in sé, diventa necessario orientare gli studi giuridici verso il rapporto con altri saperi, altre descrizioni delle realtà storiche. Dal momento che il fenomeno giuridico non è isolabile, la narrazione del divenire ed il confronto non possono limitarsi a ritrarre ed analizzare segmenti di dover essere.

Credo in definitiva che studiare l'esperienza del diritto significhi guardare il profilo funzionale delle regole[59] e il loro impatto sul vivere collettivo: dunque individuare di quale blocco storico sia partecipe ciascuna disciplina giuridica. La metafora del trapianto dev'essere intesa nel senso che una stessa disciplina può entrare entro blocchi diversi; e così la sua portata cambia. Per esempio, le norme sul libero scambio in Africa, coinvolgendo economie fortemente disuguali e produzioni fragili, sono destinate ad avere un effetto di sconvolgimento maggiore che in altre regioni. Ciò che chiamiamo di

58 La nozione è stata definita e discussa, nelle sue potenzialità euristiche e nelle applicazioni plurali che può avere per lo studio storico, soprattutto negli scritti di Riccardo Orestano. Ho cercato di mettere in luce le aperture di cui lo schema teorico è portatore e le implicazioni interdisciplinari che ne derivano: Brutti (2013b) 3 ss., spec. 32 ss.; e vedi *ivi*, 61 ss. Vedo che questa ispirazione e la ricerca sui "fondamenti", negli studi giuridici, emergono oggi dalle proposte del *Wissenschaftsrat* in Germania. A mio parere i fondamenti dovrebbero essere intesi non in senso ontologico, ma nel significato di dati costitutivi dei contesti presi in esame. E il dato costitutivo è quello pensato dall'osservatore, il quale deve rendere conto del processo analitico che lo ha condotto alla scelta da cui muove la sua descrizione. Ciò pone, per lo storico, in primo piano il rapporto con le fonti. Cfr. Brutti (2014) 107 ss. Quanto all'aggettivo « interdisciplinare », che è alquanto consumato, forse sarebbe meglio parlare di « riflessione transdisciplinare ». Così Augusti (2016) 16. Intendo l'espressione nel senso che comunque lo studio, a partire dal quale si pongono in rapporto specialismi e si incontrano studiosi e indirizzi d'indagine coi quali scambiare conoscenze, muove da un oggetto (un tema) specificamente delimitato (da un sapere che lo determina) e ne attraversa i confini, per utilizzare altri approcci.

59 Ho presente Michaels (2006) 339 ss., ove sono analizzate criticamente diverse versioni del metodo funzionale. Intendo riferirmi qui a quello che egli chiama *epistemological functionalism*. Una prospettiva analitica che pone al centro le relazioni funzionali piuttosto che l'ontologia dei dati considerati.

volta in volta diritto sta dentro una correlazione di azioni reciproche, che comprendono il movimento dell'economia, le idee che vi sono connesse, gli obiettivi e gli interessi che nei diversi momenti prevalgono, le norme che si determinano, il modo in cui vengono interpretate, le loro trasformazioni. Nella correlazione, risulterà più chiaro come il diritto possa essere campo di conflitti e quale sia la politicità del lavoro che svolgono i giuristi.

La via per andare oltre l'approccio individualizzante ed insieme superare le strettoie dogmatiche e ideologiche (compreso il mito del mercato livellatore delle differenze) è la storicizzazione dei contesti. Per intraprenderla non basta la semplice analisi giuridica. Lo sguardo deve allargarsi al lavoro delle scienze sociali (o alle storiografie riguardanti la vita delle società e la politica). Ciò implica un'organizzazione della ricerca scientifica capace di integrare specialismi diversi e finora da noi scarsamente in uso.

Si tratta di una prospettiva che per acquistare senso ha bisogno di essere sperimentata e misurata, nel vivo di ricerche concrete sulla formazione e sul mutamento dei diritti.

Bibliografia

Akkermans, Bram (2009), Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law, in: German Law Journal, 10, 803–814

Alpa, Guido (2004), La competizione tra ordinamenti giuridici: un approccio realistico, in Zoppini, Andrea (a cura di), La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Roma e Bari, 43–57

Alpa, Guido (2014), Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu, Antonio, Francesco Messineo, Mengoni, Luigi, continuato da Schlesinger, Piero, Milano

Augusti, Eliana (2016), Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione, in: Forum historiae iuris, 21, www.forhistiur.de/2016–06-augusti

Bonell, Michael Joachim (2012), Comparazione giuridica e unificazione del diritto, in Alpa, Guido, Bonell, Michael Joachim, Corapi, Diego, Moccia, Luigi, Zeno-Zencovich, Vincenzo, Zoppini, Andrea, Diritto privato comparato. Istituti e problemi, Roma e Bari, 3–43

Brutti, Massimo (1980), La sovranità del volere nel sistema di Savigny, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 9, 265–300

Brutti, Massimo (2013a), Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile, Torino

Brutti, Massimo (2013b), Rileggere Orestano. Storiografia e teoria del diritto, in: Rivista italiana per le scienze giuridiche, nuova serie 4, 3–34
Brutti, Massimo (2014), La ricerca giuridica in Germania. Allargare il campo degli studi giuridici, in: Rivista trimestrale di diritto pubblico, 66, 107–120
Cannata, Carlo Augusto (2011), "Usus modernus pandectarum" e diritto europeo (1986), in: Scritti scelti di diritto romano, a cura di Vacca, Letizia, vol. 1, Torino
Cassese, Sabino (2003), Lo spazio giuridico globale, Roma e Bari
Den Tex, Cornelis Anne (1839), Encyclopaedie Jurisprudentiae, Amsterdam
Duck, Arthur (1678), De usu et authoritate iuris civilis Romanorum per dominia Principum Christianorum (con dedica 1684, imprimatur del 1678, edito a Londra nel 1689)
Du Plessis, Jacques (2006), Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 477–512, https:///doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0015
Galgano, Francesco (2010), Dogmi e dogmatica nel diritto, Padova
Von Gerber, Carl Friedrich (1852), Über öffentliche Rechte, Tübingen, trad. it., Diritto pubblico, a cura di Lucchini, Pier Luigi, Milano, 1971
Gorla, Gino (1955a), Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, vol. 1, Lineamenti generali, Milano
Gorla, Gino (1955b), Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, vol. 2, Casistica e problemi, Milano
Gorla, Gino (1981), Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano
Hagenbach, Karl Rudolf (1857), Lehrbuch der Dogmengeschichte, Leipzig
Von Harnack, Adolf (1886–1890), Lehrbuch der Dogmengeschichte, 3 voll., Freiburg
Haubold, Christian Gottlieb (1816, 2. ed. 1828), Institutionum iuris Romani privati historico-dogmaticarum lineamenta, Lipsiae
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1799–1802, trad. it. 1997), Die Verfassung des deutschen Rechts, trad it. in Id., Scritti storici e politici, a cura di Losurdo, Domenico, Roma e Bari
Kelsen, Hans (1933), La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali, trad. it. a cura di Treves, Renato, in: Archivio giuridico, 90, 121–171
Lambert, Édouard (1903), La fonction du droit civil comparé, vol. 1, Les Conceptions étroites ou unilatérales, Paris
Leibniz, Gottfried Wilhelm (1667, ripubbl. 1769 e 1930), *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae ex artis didacticae principiis*, Frankfurt 1667, in *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequenda*, Pisis 1769, ripubblicata in Id., *Sämtliche Schriften und Briefe, herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. 4.1, Darmstadt 1930
Luhmann, Niklas (1974, trad. it. 1978), Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, trad. it. a cura di Febbrajo, Alberto, Bologna

Michaels, Ralf (2006), The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias, Zimmermann, Reinhard (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 339–382, https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0011

Orestano, Riccardo (1961, rist. 1963), Introduzione allo studio storico del diritto romano, 2. ed., Torino

Orestano, Riccardo (1987), Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna

Paresce, Enrico (1964), Voce Dogmatica giuridica, in: Enciclopedia del diritto, vol. 13, Milano, 678–712

Von Savigny, Friedrich Carl (1814), Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. ed., Heidelberg, 1828, ora in Stern, Jacques (a cura di), Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959, trad. it. Thibaut, Anton Friedrich Justus, von Savigny, Friedrich Carl, La polemica sulla codificazione, a cura Marini, Giuliano, Napoli, 1982

Von Savigny, Friedrich Carl (1840), System des heutigen römischen Rechts, vol. 1, Berlin, trad. it. di Scialoja, Vittorio, Sistema del diritto romano attuale, Torino, 1886, https://doi.org/10.1515/9783111692302

Saleilles, Raymond (1900), Conception et objet de la science du droit comparé, in: Bulletin de la Société de législation comparé, 29, 383–405

Smits, Jan (2006), Comparative Law and its Influence on National Legal Systems, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 514–538, https:///doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0016

Solari, Gioele (1915–16, pubbl. 1940), Storicismo e diritto privato, Torino

Somma, Alessandro (2014a), Introduzione al diritto comparato, Roma e Bari

Somma, Alessandro (2014b), La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito, Roma

Somma, Alessandro (2017a), Europa a due velocità. Postpolitica dell’Unione europea, Reggio Emilia

Somma, Alessandro (2017b), La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 29 (in corso di pubblicazione)

Vinnii, Arnoldi (1767), In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius Academicus et forensis (1642), Lugduni

Watson, Alan (1974, 2. ed. 1993, trad. it. della 1. ed. 1984), Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, Edinburg, 2. ed., Athens (Ga), trad. it., Il trapianto di norme giuridiche. Un “approccio” di diritto comparato, Camerino e Napoli

Wilhem, Walter (1958, trad. it. 1974), Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. Main, trad. it., Metodologia giuridica nel secolo XIX, a cura di Lucchini, Pier Luigi, Milano

Zimmermann, Reinhard (1990), The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition, Cape Town e Johannesburg, repr. 1992, 1996
Zimmermann, Reinhard (1996), Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science, in: The Law Quarterly Review, 112, 576–605
Zimmermann, Reinhard (2001), Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, Oxford, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299134.001.0001
Zimmermann, Reinhard (2006), Comparative Law and Europeanization of Private Law, in Reimann, Mathias, Zimmermann, Reinhard (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 539–578, https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0017
Zoppini, Andrea (2004), La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici, in Id., La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Roma e Bari, 5–40

Antonello Calore

“Cittadinanza” tra storia e comparazione

1. Introduzione

Non svolgerò considerazioni metodologiche, quanto piuttosto rifletterò, “a tesi forti”, su un aspetto della cittadinanza romana tenendo conto della cittadinanza attuale: un tentativo di “diacronicità verticale”.

Prendo le mosse dal nostro concetto di cittadinanza, come strumento teorico e politico dello Stato-nazione con forte impronta giuridica: « l’appartenenza di un soggetto a una determinata categoria, caratterizzata da una particolare sfera di capacità; perciò tale appartenenza si traduce in una posizione giuridica dei soggetti uniforme ed omogenea, fonte di particolari diritti e doveri ».[1] La posizione dell’individuo, lo “status”, è sancita dall’ordinamento giuridico, a cui egli appartiene: *Staatsangehörigkeit* – come suona la cittadinanza in lingua tedesca – che ben rappresenta, la duplice posizione di sudditanza all’istituzione (posizione verticale) e di partecipazione alla comunità statale (posizione orizzontale), distinguendo nettamente il cittadino, sottoposto alla sovranità dello Stato, dallo straniero.

1.1 Il modello “giuridico” della cittadinanza

Tale modello di cittadinanza, da qualche tempo, è entrato in crisi. Una crisi che l’attuale massiccio fenomeno delle migrazioni[2] rende più esplicita e che può essere ricondotta almeno a tre cause: (i) il processo di globalizzazione dell’economia e dell’informazione riduce i margini di sovranità dello Stato-nazione, senza però pervenire alla sua eliminazione, quanto piuttosto ad una ricollocazione nell’« antipolitica » dell’« utilità quantificabile »;[3] (ii) l’antagonismo delle società multiculturali, cresciuto dalla fine della ‘guerra fredda’

1 Clerici (1989) 112.
2 Zolo (1994) 42.
3 Balibar (2012) 135–136.

(1989), mina l'unità popolo-nazione;[4] (iii) l'interferenza delle istituzioni sovrannazionali negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati-nazione, logora il principio di "territorialità della norma", originando « ordinamenti compositi » sovrastatuali.[5]

1.2 Un nuovo concetto di cittadinanza?

La crisi del concetto di cittadinanza spinge alcuni studiosi a ripudiarne l'utilizzo, in quanto strumento di divisione e fonte di diseguaglianza;[6] altri, al contrario, ne difendono l'utilità, perché strumento di 'lotta per i diritti',[7] oppure, più modestamente, « strumento per facilitare la connessione di un insieme di fatti con determinate conseguenze pratiche ».[8]

È, però, indubbio che l'attuale nozione di cittadinanza sia in una situazione di profonda trasformazione. Come scrive Pietro Costa

> in tempi recenti, il termine "cittadinanza" ha acquistato un significato più ampio, tanto da divenire un termine corrente del "discorso pubblico" odierno. In questa prospettiva conviene intendere per "cittadinanza" il rapporto politico fondamentale, il rapporto tra un individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce.[9]

L'attuale nozione di cittadinanza sembrerebbe quindi essere in difficoltà nel descrivere la posizione degli individui nella comunità e nel regolarne i conflitti. Si rende, pertanto, necessario un approfondimento che ne chiarisca le modificazioni.

In questo quadro – mi chiedo – se la ricerca storico-giuridica possa dare il suo contributo. E, in caso di risposta positiva, quale sia la strada migliore per dialogare con altre discipline.

Prima di rispondere è necessario premettere che spesso la ricerca sulla cittadinanza stabilisce una continuità con l'eredità "classica",[10] e in particolare, con la *politeía* del pensiero greco e con la *civitas* del pensiero romano. Al riguardo, mi limito a richiamare due recenti studi: *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*del costituzionalista italiano

4 Habermas (2002).
5 Un esempio: la sentenza Nottebohm della Corte Internazionale di Giustizia del 1955.
6 Ferrajoli (1994); Isin (2002).
7 Zolo (1994) 23.
8 Mindus (2014) 289.
9 Costa (2005) 3.
10 Settis (2004).

Enrico Grosso (1997) e *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione* della filosofa del diritto svedese Patricia Mindus (2014).

Il primo studioso, autore di un lungo *excursus* sulla cittadinanza greca e romana, si dice profondamente convinto delle radici "classiche" della cittadinanza attuale; in particolare, con riferimento alla cittadinanza romana ne coglie il dato saliente nella funzione di « riunificare tutto un gruppo sociale sotto il dominio del medesimo *ius* », inteso quest'ultimo nella sua accezione di ordinamento giuridico: una sorta di anticipazione della cittadinanza in funzione della "sovranità statale".[11]

Anche la Mindus, con trattazione meno diffusa, vede nella cittadinanza romana l'idealtipo del "modello giuridico" di cittadinanza.[12]

Preso atto, anche se con due soli esempi, del recupero di concetti del passato per lo studio della cittadinanza attuale, concentriamo ora lo sguardo su uno di questi e, per le mie competenze, sulla cittadinanza nell'esperienza di Roma antica: la *civitas* (questo il termine latino che più di tutti si avvicina al nostro di cittadinanza).

2. Brevi riflessioni sulla cittadinanza romana

Per comodità di esposizione, prenderò in considerazione, a grandi linee, alcuni momenti dell'esperienza romana, in cui la cittadinanza ebbe un certo rilievo nelle vicende politiche, sociali e giuridiche della città di Roma: la formazione della città (VIII–VII a.C.) e il suo consolidamento con l'espansione nel territorio laziale-italico (VI–III a.C.); la "repubblica imperiale" (II a.C.–I a.C.).

2.1 La formazione della "città" di Roma

L'analisi della cittadinanza romana nel periodo regio è resa difficile dalla mancanza di documenti testuali diretti, sebbene sia pervenuta una narrazione con molte varianti, canonizzata già ai tempi di Fabio Pittore (seconda metà del III a.C.).[13] Recenti indagini archeologiche,[14] affinate ricerche sto-

11 Grosso (1997) 119.
12 Mindus (2014) 101–109.
13 Carandini (2006a) xiii–lxxix; Ampolo (2013) 220.
14 Carandini (2006b).

rico-linguistiche,[15] il ripensamento storico-culturale dei miti indigeni-latini,[16] consentono di riconsiderare, pur con le dovute cautele e i necessari dubbi,[17] l'enorme numero di informazioni e notizie sull'origine di Roma.

Adottando queste più recenti prospettive, attribuiamo un fondo di verosimiglianza alle testimonianze storico-letterarie romane di età storica circa la « formazione »[18] della *civitas* romana dalla mitica fondazione al suo consolidamento: l'età regia. Nell'ultimo millennio a.C., un processo di aggregazione di comunità differenti si sviluppò sulle alture del Palatino, Campidoglio e Quirinale, lì dove il Tevere compie la grossa ansa con al centro l'isola Tiberina, uno dei pochi punti dell'Italia centrale dove fosse possibile guadare il fiume. Un posto adatto allo "scambio" di beni, che col tempo avrebbe preso vigore diventando uno dei più grandi mercati tra le genti del centro-nord e quelle del centro-sud.[19]

Il processo di aggregazione, spesso segnato da episodi bellici, fu favorito dalla vicinanza degli insediamenti e dalla comunanza della lingua (il latino) e di una serie di riti e culti collettivi.[20] Roma, quindi, non nacque dal nulla, ma fu il risultato di fusioni e inclusioni sinettiche,[21] che interessò gruppi etnici simili (es. latini) ed eterogenei (es. sabini).[22]

La tradizione testuale narra di « incorporazione » o « assorbimento »[23] di Sabini (Liv. 1,13,4–5), Albani (Liv. 1,30,1), altre comunità latine (Liv. 1,33,1), realizzate da Romolo e dai suoi successori Tullo Ostilio (Dionys. II,50,5; Liv. 1,30,1) e Anco Marzio (Liv. 1,33,1; Dionys. III,1,2).[24] Al mitico primo re di Roma si attribuisce anche la costituzione di un "asilo" (*asylum*),[25] per acco-

15 Benveniste (1976).
16 Brelich (1991) 216–229; Id. (1973–1976) 7 ss.
17 Gabba (1999) 13–26, alla luce però delle "mitigazioni" suggerite da Schiavone (1999) 6.
18 Müller-Karpe (1959 e 1962).
19 Torelli (1988) 258–259 (con bibl.).
20 Es. il rito dei Lupercali (Dumézil (1977) 306–309); la festa religiosa del *Septimontium*, celebrata a Roma l'11 dicembre, ma risalente a un periodo precedente « in particolare l'VIII secolo » a.C. (Ampolo (1988) 166 con bibl.).
21 Il termine "sinecismo", che già presso i Greci era usato per indicare la formazione di una *pólis* dall'unione di due o più comunità, fu utilizzato per spiegare la nascita di Roma già dall'archeologo italiano G. Pinza nel 1905 e più tardi dallo svedese Gjerstad (1953–1973).
22 Aigner Foresti (1994) 3 ss.; Capogrossi Colognesi (2014) 28 ss.
23 Lamberti (2010a) 19 nt. 6 e 35.
24 Carafa (1997) 610–617.
25 Colonna (1991–1992) 63–115, sp. 108–110.

gliere tutti coloro provenienti dai centri paganici limitrofi (Dionys. II,15,4; Liv. 1,8,5–6 e 1,9,5; Plut. *Rom.* 9,3).

Il periodo della formazione di Roma fu, quindi, caratterizzato da una "crescita"; spaziale-istituzionale, come confermano espressioni presenti nelle fonti della tradizione: adicere (Liv. 1,8,5); augere (Cic. Balb. 31; Liv. 1,33,1); augescere (Liv. 1,33,1); crescere (Liv. 1,8,4; 1,9,5; 1,30,1); duplicare (Liv. 1,30,1); geminare (Liv. 1,13,5); *aúxesis* (Dionys. II,32,2); *auxáno* (Plut. *Rom*. 14,2). Una "crescita" realizzata per mezzo di guerre e di accordi, che spesso comportò inclusioni, tese a mescolare – come scrive Livio – sangue e stirpi (Liv. 1,9,4 e 1,30,2), e mai si caratterizzò per il prevalere di valori etnici,[26] come ricaviamo dai costanti richiami al sinecismo, dall'assimilazione di *populi*, dal ricordo delle diverse origini dei re.[27] In questo processo, un ruolo determinante lo ebbe la cittadinanza, che aveva un suo presupposto nella consanguineità (il vincolo parentale), tant'è che, nel corso del tempo, la scienza giuridica elaborò il principio generale della nascita, secondo il quale chi nasceva da padre romano, coniugato legittimamente, o anche da madre romana, fuori da giuste nozze, era *civis* (Gai. 1,56–57; 76 e 80). Accanto però al vincolo di sangue, si diventava *civis* – come abbiamo detto – anche con l'accoglienza dello straniero (migrante, vinto, alleato) nella comunità. Un passaggio scriminante questo, centrato sui gruppi gentilizi più forti e influenti,[28] che consentiva la partecipazione diretta alle istituzioni cittadine.[29] Non ci fu, quindi, un'ostinata difesa dell'originaria stirpe latina, come invece nella Grecia delle *poleís*, quanto piuttosto un coinvolgimento di altri gruppi e, all'interno di questi, delle famiglie gentilizie più potenti, che col tempo costituirono un'aristocrazia di governo: i patrizi.[30]

La cittadinanza, nella fase iniziale della esperienza di Roma, appare non riconducibile a un figura monolitica e statica, bensì modulare e dinamica, come – per restare all'analisi fin qui svolta – l'intreccio tra i due fattori che potevano determinarla: il sangue e il potere.

26 Cracco Ruggini (1986) 13–49.

27 La tradizione vuole sabini Tito Tazio e Numa Pompilio; figli di donne sabine, Tullo Ostilio (Dionys. III,1,1–3) e Anco Marzio; figlio di un greco di Corinto e di una etrusca di Tarquinia, Tarquinio Prisco (Liv. 1,34,6).

28 Per il rapporto *gentes*-cittadinanza, Crifò (2000) 3; per il rapporto *gens*-urbanizzazione nell'Italia centrale dall'VIII al VI secolo a.C., Momigliano (1989) 36.

29 Sul rapporto tra l'organizzazione gentilizia e il sistema cittadino, Capogrossi (2009) 33.

30 Ampolo (1970–1971) 37–68.

2.2 La "svolta" della città (VI–I a.C.)

Con l'avvento in Roma del dominio etrusco (VI secolo a.C.), la « grande Roma dei Tarquini »,[31] si avviò una profonda trasformazione dell'assetto organizzativo cittadino che portò al superamento del sistema aristocratico gentilizio della fase latino-sabin e al consolidamento della civitas.[32]

Perno di tale trasformazione fu la "centuria", basata sul "censo", che operò una riorganizzazione totale della *civitas* sia sul piano militare (la riforma oplitica),[33] sia su quello della terra (la "centuriazione" come organizzazione del territorio a fondamento delle *civitates*),[34] sia su quello politico (la partecipazione della sola popolazione maschile da 18 a 60 anni al governo della città).[35]

È verosimile che l'ordinamento centuriato, nella sua struttura complessa, risalisse al primo periodo della repubblica, dopo la vittoria su Veio (396 a.C.), ma il nocciolo della riforma è senz'altro da ricondursi al secondo periodo dell'età regia e – seguendo la tradizione (Cic. *rep.* 2,39; Dionys. IV,15,1 e 16; Liv. 1,43,13;) – alla metà del VI a.C. con il re Servio Tullio.[36]

Le novità introdotte furono rilevanti, con ripercussioni anche sull'assetto della cittadinanza. Schematicamente: si apparteneva alla *civitas* in quanto proprietari *ex iure Quiritium*;[37] si faceva parte delle tribù « in base alla residenza »;[38] l'accesso alle cinque "classi" del Comizio, istituzione politico-militare del governo della città, era basato sulla ricchezza, sul *census*.[39]

Il nuovo metro timocratico, che selezionava la classe di governo, determinò l'emergere del nuovo blocco patrizio-plebeo in contrapposizione all'ordinamento gentilizio. Fu questo il momento decisivo della formazione della città-stato, in cui gli appartenenti si riconoscevano come « comunità di uomini in armi »[40] al di fuori della quale si era stranieri. Roma ora era

31 Pasquali (1968) 5–21, su cui Ampolo (1988) 230–231 e nt. 81.
32 Berardi (1988) 193; Ampolo (2013) 267.
33 Bengtson (1990) 122, con l'episodio esemplare della sconfitta della *gens Fabia* al Cremera.
34 Aa.Vv. (2003).
35 Capogrossi (2014) 62.
36 Capogrossi (1978) 195.
37 Ampolo (1980) xviii–xxxii.
38 Ampolo (1988) 229.
39 Nicolet (1982) 64 ss.
40 Canfora (2005) 28.

molto simile alla *pólis* greca, all'interno della quale « vigeva e poteva vigere esclusivamente l'ordinamento di quella data città ».[41] Per la qualifica di *civis*, la ricchezza subentrava ai legami di potere gentilizio. Si era cittadini per nascita e per census. Questo nuovo tipo di cittadinanza non espresse però una società più democratica o paritaria, ma più semplicemente un nuovo tipo di gerarchia.

2.3 La fase repubblicana

Un altro importante aspetto, che dobbiamo tener presente per meglio comprendere la natura della cittadinanza romana, è l'uso che di essa si fece dalla caduta della monarchia fino all'inizio del I secolo a.C.: la fase repubblicana di Roma. In questo lungo periodo di tempo, la città fu segnata da una « continua » espansione (Dionys. 1,3,4): prima nel Lazio (VI–IV a.C.), poi nel territorio italico (IV–III a.C.) e, infine, in tutto il Mediterraneo (III–II a.C.; Cartagine fu distrutta nel 146 a.C.).

Sfruttando anche un'azione bellica poderosa e continua, Roma cominciò a tessere una rete di relazioni internazionali innovativa e molto articolata, dove la concessione della cittadinanza (*dare civitatem*) diventò strumento importante.[42] Per mezzo di essa, infatti, le relazioni con l'"esterno" furono organizzate in un « ordinamento scalare »:[43] colonie romane, colonie latine, *civitates optimo iure*, *municipia sine suffragio*, *socii*, che costituì l'asse portante del « sistema municipale ».[44]

Se ne ha una rappresentazione chiara e sintetica in un passaggio della *Storia di Roma* di Livio (8,13–14).

Siamo nel 338 a.C. e l'esercito romano, con a capo due consoli Lucio Furio Camillo e Gaio Menio, ha sconfitto le singole città della lega latina. Roma è ora in grado di decidere la riorganizzazione del territorio laziale: come riferisce Camillo al Senato, dopo la vittoria, « è compito dei senatori (*patres conscripti*) decidere se il Lazio debba ancora esistere oppure no (*sit Latium deinde an non sit*)... se l'intero Lazio debba essere distrutto (*licet delere*

41 Talamanca (1991) 704 e 709.
42 Lamberti (2010b) 227.
43 Marotta (2009) 17.
44 De Martino (1973) 79; Nicolet (1982) 38–41.

omne Latium) ... oppure accrescere la potenza di Roma includendo i vinti nella città (*victos in civitatem accipiendo*) ».

La decisione romana è articolata caso per caso (*relatum igitur de singulis decretumque*), applicando statuti giuridici adattati alle singole realtà cittadine (*nominatim*). Così agli abitanti di Lanuvio, Aricia, Novento e Ardea è concessa la piena cittadinanza romana (*in civitatem accepti*); ai Tusculani è conservata la cittadinanza *servata civitas* (data nel 381 a.C.),[45] punendo soltanto i cittadini ribelli; ai Campani è concessa la cittadinanza romana senza il diritto di partecipare al *cursus honorum* romano (*civitas sine suffragio data*); la città di Velletri è abbattuta (*muri deiecti*) e sulle sue terre è costituita una colonia;[46] una colonia romana (*nova colonia missa*) è insediata nel territorio di Anzio, le cui navi da guerra sono requisite da Roma; ai Tiburtini e ai Prenestini è sottratto una parte del territorio (*agro multati*); ad altre comunità latine (*caeteris Latinis populis*) è tolto il diritto di matrimonio, di commercio e di riunione con le altre città.

L'immagine che si ricava dalla lettura del testo è quella di un sistema di rapporti tra *civitates* articolato e diversificato, che vedeva Roma al centro, legata da dinamiche relazionali politico-giuridiche differenti alle altre città del Lazio, su cui tutte però esercitava la "sovranità".

Alcune collettività erano equiparate *in toto* a quella romana, potendo così utilizzare il diritto romano e partecipare direttamente alla vita politica di Roma; altre invece avevano una cittadinanza dimidiata, che ne escludeva la partecipazione attiva al governo, ma consentiva il mantenimento dell'autonomia amministrativa; altre ancora potevano avere rapporti giuridici ed economici privilegiati con Roma; altre invece erano totalmente subordinate, quasi ridotte in schiavitù. E poi c'erano piccoli e medi centri urbani, collegati a Roma: direttamente (le colonie romane) o indirettamente (le colonie latine). Tutte queste realtà erano però obbligate nei confronti di Roma in termini militari e/o economici.

La cittadinanza, usata politicamente, si qualificava per i suoi contenuti diversi, tanto che sarebbe più consono volgere il termine al plurale: le cittadinanze.

45 Liv. 6,26,8 e 36,2.
46 Liv. 6,12,6 e 17,7.

2.4 La cesura della guerra 'sociale' 90 a.C.

Tale sistema di "romanizzazione" del territorio italico fu sostituito da un'organizzazione più ampia e articolata, incentrata sulla figura della "provincia", quando il processo di espansione si estese a tutto il Mediterraneo, a partire dalle guerre contro Cartagine (241 a.C.).[47]

A differenza però della "romanizzazione" italica, l'atteggiamento romano verso le province fu volto più a « sfruttare economicamente che ad assorbire in termini unitari ».[48] Però, anche nella realizzazione di questo sistema si evitò di perseguire un modello unico, privilegiando rapporti diversificati (es. *civitates foederatae* e *civitates sine foedere liberae*). L'uso della cittadinanza romana si fece molto più circoscritto; così, mentre nel IV e III secolo a.C. essa era stata concessa con una certa facilità, a fronte di un blando interesse, nel II a.C. Roma rispose con un fermo contenimento al forte aumento di richieste,[49] Per la prima volta assistiamo, nella storia delle relazioni di Roma con i più antichi alleati Latini, a provvedimenti normativi di espulsione: nel 187 a.C. (Liv. 39,3,4–6), nel 177 a.C. (Liv. 41,8,9 e 41,9,9) e nel 174 a.C. (Liv. 42,10,2–4).

L'equilibrio tra la *leadership* romana (la *nobilitas* senatoria) e i potenti alleati italici, che per tanti secoli erano stati *partner* privilegiati nel commercio e nelle imprese militari, entrava in crisi, acuendo le contrapposizioni già presenti nel gruppo dirigente su come fronteggiare la crisi di crescita di Roma: gli *optimates*, difensori delle istituzioni tradizionali e legati al mantenimento dell'economia latifondista; i *populares*, fautori di cambiamenti istituzionali (ad es. il tribunato della plebe alla direzione della repubblica) e favorevoli all'incremento del commercio.

La divisione si manifestò anche sulla richiesta di cittadinanza dei *socii* italici. Le proposte di concessione di Fulvio Flacco nel 125, di Gaio Gracco nel 123 e poi ancora di Livio Druso, figlio, nel 91 a.C. furono tutte respinte dagli *optimates*, provocando la guerra cosiddetta sociale, tra Roma e i *socii italici*.[50] Roma vinse, ma le successive *leges Iuliae de civitate*concessero in progressione (dal 90 al 49 a.C.) la cittadinanza romana a tutti gli italici.[51]

47 Lamberti (2010a) 47.
48 Capogrossi (2009) 159.
49 Humbert (2010) 141.
50 Capogrossi (2014) 182.
51 De Martino (1973) 53 ss.

3. Conclusioni

I limiti di tempo e di spazio, che mi sono imposto, non consentono di seguire le vicende della cittadinanza romana fino al provvedimento dell'imperatore Caracalla del 212 d.C., con cui essa fu estesa a tutti gli abitanti dell'impero.

Vorrei però, prima di concludere, avanzare due brevi riflessioni generali, queste sì di carattere metodologico, prendendo le mosse dal breve *exursus* appena concluso sulla *civitas romana*.

(i) La prima è il dato significativo che emerge da questa mia succinta ricognizione: l'analisi storica della cittadinanza attesta l'esistenza di più tipi di cittadinanza romana. Emerge, quindi, una "discontinuità" tra la cittadinanza romana e la cittadinanza dello Stato-nazione: qui una cittadinanza "universale" e "astratta", che accomuna tutti i cittadini della Stato; lì forme di cittadinanza, una "gradazione".

Fin dalla sua origine, Roma accolse gruppi etnici differenti, concedendo la cittadinanza sia individualmente che collettivamente, applicando un meccanismo di inclusione. Una "apertura" che caratterizzerà sempre, con alti e bassi, la natura delle relazioni con gli altri popoli, anche quando Roma diventò la massima potenza italica e poi del mondo mediterraneo, garantendogli una mobilità sociale eccezionale, « fattore di rinnovamento e ampliamento demografico ».[52] Roma, quindi, « città aperta »,[53] come già ai suoi tempi (143 d.C.) veniva riconosciuto: « Vi è qualcosa che merita decisamente uguale attenzione e ammirazione di tutto il resto: cioè la vostra meravigliosa e generosa cittadinanza, Romani, con la sua grandiosa concezione, che non ha eguali nella storia dell'umanità » (Aristide, *Elogio di Roma*, 59–61).

Deve, però, essere sottolineato che tale "apertura" non fu il risultato di semplice ospitalità (un valore che anche la cultura greca teneva in gran conto, attribuendone la protezione a Zeus), quanto piuttosto di una gestione dell'accoglienza.[54] Furono gli affinati strumenti dello *ius publicum* e *privatum* applicati da una "politica" lungimirante ad assicurare il funzionamento dell'inclusione; quando questa diventò "miope", fu guerra.

52 Capogrossi (2016) 155.
53 Nicolet (1982) 34.
54 Sul rapporto tra le due categorie concettuali di "ospitalità" e "accoglienza" Derrida (2000).

(ii) Sono giunto alla conclusione appena enunciata analizzando gli aspetti tecnici della *civitas* nel contesto economico, sociale e politico dell'esperienza romana, in cui essi trovarono applicazione. Ne è emersa una rappresentazione non uniforme e astratta ma discontinua e plurale, tanto da ricorrere all'immagine di "tipi", "gradi" differenti di cittadinanza. Tale conclusione consiglia di evitare concettualizzazioni ontologiche, a favore invece di uno studio che leghi l'oggetto indagato al "dato realtà".[55] Si rileva quindi una discontinuità tra la cittadinanza degli antichi con quella attuale.[56] Sarebbe, perciò, errato ridurre la cittadinanza romana a una formula di sintesi,[57] costituita da elementi che vogliamo immutabili e metastorici, come la « piena capacità giuridica » del soggetto, centrale nella definizione di cittadinanza romana elaborata da Giuliano Crifò (1960), che richiama il concetto di *status* di Betti (1947). Al riguardo, condivido l'osservazione critica di Stolfi: « la cittadinanza [romana] non si delinea come il versante politico di una struttura logica e giuridica che, sul piano civile, possa dar vita a una nozione forte di soggetto, col suo ineludibile corredo di diritti ».[58] Oppure l'idea di una cittadinanza romana come modello universalista per la « comunione dei popoli », perché fondata sull'idea di crescita demografica, spaziale e temporale di Roma: la *civitas augescens* che Maria Pia Baccari[59] riprende da Catalano (1990). Anche qui si evince una visione tendente a idealizzare alcuni aspetti della cittadinanza romana, tralasciando la sua storicità ricca di prospettive peculiari spazio-temporali.

Insomma, se da un lato i giuristi del diritto attuale, che per indagare sulla cittadinanza guardano opportunamente ai modelli del passato, debbono essere consapevoli dell'esistenza di profonde discontinuità concettuali tra i fenomeni giuridici del presente e quelli del passato; dall'altra noi storici del diritto dobbiamo essere consapevoli dell'inutilità di costruire archetipi astratti per lo studio del diritto del passato.[60]

55 Orestano (1987) 422.
56 De Visscher (1955) 239–251 segnato però da "evoluzionismo".
57 Luraschi (1996) 35.
58 Stolfi (2009) 26. Giunge, per altre vie, alla stessa convinzione Palma (2014) 287.
59 Baccari (1995) 760.
60 Mancini (2000).

Bibliografia

Aa.Vv. (2003), Misurare la terra: centuriazione e coloni nel mondo romano, vol. 1, Modena

Aigner Foresti, Luciana (1994), Movimenti etnici nella Roma dell'VIII secolo a.C., in Sordi, Marta (a cura di), Emigrazione e immigrazione nel mondo antico, Milano

Ampolo, Carmine (1970–1971), Su alcuni mutamenti sociali nel Lazio tra l'VIII e il V secolo, in: Dialoghi di Archeologia, IV–V, 37–68

Ampolo, Carmine (1980), La città antica. Guida storica, Roma, Bari

Ampolo, Carmine (1988), La città riformata e l'organizzazione centuriata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana, in: Momigliano, Arnaldo, Aldo Schiavone (a cura di), Storia di Roma, vol. 1, Torino, 203–339

Ampolo, Carmine(2013), Il problema delle origini di Roma rivisitato: concordismo, ipertradizionalismo acritico, contesti, in: Annali della Scuola superiore di Pisa, 5, 1, 217–284

Baccari, Maria Pia (1995), Il concetto giuridico di "civitas augescens": origine e continuità, in: Studia et Documenta Historiae et Iuris, 61, 759–765

Balibar, Étienne (2012), Cittadinanza, tr. it. F. Grillenzoni, Torino

Bengtson, Hermann (1990), Introduzione allo studio della storia antica (1975), Bologna

Benveniste, Émile (1976), Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee (1969), 2 vol., Torino

Bernardi, Aurelio (1988), La Roma dei re fra storia e legenda, in: Momigliano, Arnaldo, Aldo Schiavone (a cura di), Storia di Roma, vol. 1, Torino, 181–202

Betti, Emilio (1947), Istituzioni di diritto romano, 2. ed., vol. 1, Padova

Brelich, Angelo (1991), Introduzione alla storia delle religioni (1965), rist. Roma

Brelich, Angelo (1973–1976), Nascita dei miti, in: Studi e materiali di storia delle religioni, 42, 7–80

Capogrossi Colognesi, Luigi (1978), Storia delle istituzioni romane arcaiche, Roma

Capogrossi Colognesi, Luigi (2014), Storia di Roma tra diritto e potere, Bologna

Capogrossi Colognesi, Luigi (2016), La costruzione del diritto privato romano, Bologna

Carafa, Paolo (1997), I "populi" federati del Lazio, in: Carandini, Andrea (a cura di), La nascita di Roma, Torino, 610–617

Carandini, Andrea (2006a), Introduzione a La leggenda di Roma, vol. 1, Milano

Carandini, Andrea (2006b), Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani, Torino

Catalano, Pierangelo (1990), Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano, vol. 1, Torino

Clerici, Roberta (1989), Voce Cittadinanza, in: Digesto delle Discipline Pubblicistiche, vol. 3, 112–143.

Colonna, Giovanni (1991–1992), Altari e sacelli. L'area sud di Pyrgi dopo otto anni di ricerche, in: Rendiconti Pontificia Accademia Archeologia, 64, 63–115
Costa, Pietro (2005), Cittadinanza, Laterza
Cracco Ruggini, Lellia (1986), Gli antichi e il diverso, in: Bori, Pier Cesare (a cura di), L'intolleranza: uguali e diversi nella storia, Bologna, 13–49
Crifò, Giuliano (1960), Voce Cittadinanza (diritto romano), in: Enciclopedia del diritto, vol. 7, Milano, 127–132
Crifò, Giuliano (2000), "Civis". La cittadinanza tra antico e moderno, Bari, Roma
De martino, Francesco (1973), Storia della costituzione romana, 2. ed., voll. 2 e 3, Napoli
Derrida, Jacques (2000), L'ospitalità (1997), trad. it. I. Landolfi, Milano
De Visscher, Fernand (1955), "Ius Quiritium", "civitas Romana" et nationalité moderne, in Studi in onore di U.E. Paoli, Firenze, 239–252
Dumézil, Georges (1977), La religione romana arcaica (1974), trad. it. F. Jesi, Milano
Ferrajoli, Luigi (1994), Dai diritti del cittadino ai diritti della persona, in: Zolo, Danilo (a cura di), La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, Roma, Bari, 263–292
Gabba, Emilio (1999), Problemi di metodo per la storia di Roma arcaica, in: Id. (a cura di), Introduzione alla storia di Roma, Milano, 13–26
Gjerstad, Einar (1953–1973), Early Rome, 4 voll., Lund.
Grosso Enrico (1997), Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento, Padova
Habermas, Jürgen (2002), L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica, 2. ed. (1996), Milano
Humbert, Michel (2010), Le "status civitatis". Identité et identification du "civis Romanus", in: Corbino, Alessandro, Michel Humbert, Giovanni Negri (a cura di), "Homo", "Caput", "Persona". La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano, Pavia, 139–152
Lamberti, Francesca (2010a), Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica, in: Perinán Gómez B. (a cura di), Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 15–56
Lamberti, Francesca (2010b), "Civitas Romana" e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato, in: Index 38, 227–235
Isin, Engin (2002), Being Political. Genealogies of Citzenship, Minneapolis
Luraschi Giorgio (1996), La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica, in: Milazzo, Francesco (a cura di), "Res publica" e "princeps". Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano, (Copanello 1994), Napoli, 35–99
Momigliano, Arnaldo (1989), Le origini di Roma, in Id., Roma arcaica, Firenze
Müller-Karpe, Hermann (1959), Vom Anfang Roms, Heidelberg
Müller-Karpe, Hermann (1962), Zur Stadtwerdung Roms, Heidelberg

Mancini, Giovanna (2000), Cittadinanza e “Status” negli antichi e nei moderni, Pescara
Marotta, Valeria (2009), La cittadinanza romana in età imperiale (sec. I–III d.C.). Una sintesi, Torino
Mindus, Patricia (2014), Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell’esclusione, Firenze
Nicolet, Claude (1982), Il mestiere di cittadino nell’antica Roma, 2. ed., trad. it. F. Grillenzoni, Roma
Orestano, Riccardo (1987), Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna
Palma, Antonio (2014), Note in tema di cittadinanza, in Koinonia, 38, 279–304
Pasquali, Ggiorgio (1968), La grande Roma dei Tarquini (1936), in: Id. Terze pagine stravaganti, vol. 2, Firenze, 5–21
Pinza, Giovanni (1905), Monumenti primitivi di Roma e del Lazio antico, in: Monumenti antichi dell’Accademia nazionale dei Lincei, 15, 39–247
Schiavone, Aldo (1999), Premessa, in Giardina A., A. Schiavone (a cura di), Storia di Roma, Torino, 5–8
Settis, Salvatore (2004), Futuro del “classico”, Torino
Stolfi, Emanuele (2009), “Polítes” e “civis”: cittadino, individuo e persona nell’esperienza antica, in Tristano, Caterina, Simone Allegria (a cura di), “Civis/civitas”. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna, Montepulciano, 17–32
Talamanca, Mario (1991), I mutamenti della cittadinanza, in: Mélanges de l’Ecole française de Rome. Antiquité, 103, 703–733, https://doi.org/10.3406/mefr.1991.1733
Torelli, Mario (1988), Dalle aristocrazie gentilizie alla nascita della plebe, in Momigliano, Arnaldo, Aldo Schiavone (a cura di), Storia di Roma, vol. 1, Torino, 241–261
Zolo, Danilo (1994), La strategia della cittadinanza in: Id. (ed.), La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, Roma, Bari, 3–46

Salvatore Casabona

Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica

1. Premessa

Pur in assenza di un'ortodossia sul concetto di microstoria, o microanalisi storica, tale approccio metodologico, già praticato informalmente dalla metà degli anni '70 in radicale critica al linguaggio storiografico tradizionale,[1] mira nella sua essenza a concentrarsi sugli scenari epistemologici derivanti dalla adozione di una *scala di osservazione ridotta* di un dato fenomeno: pertanto lo studio delle trasformazioni sociali non sarà più basato su categorie-sintesi delle grandi narrazioni storiche, quali ad esempio quelle dello stato, del mercato, o della popolazione, ma piuttosto su una indagine analitica delle *pratiche* e dei processi sociali così come emergono nell'ambito della famiglia,[2] della parentela, o della comunità locale.

Cambiare scala di rappresentazione, viene precisato, « non equivale a raffigurare più in grande o più in piccolo una realtà che rimane la stessa, ma a trasformare il contenuto della rappresentazione (cioè la scelta di ciò che si può rappresentare)… È il principio della *variazione* che conta »:[3] ciò comporta a rigore di logica che i risultati ottenuti sul piano microanalitico saranno da valutarsi come *uno dei tasselli* necessari per approssimarsi alla comprensione della realtà storica e che – sempre in un'ottica multi-prospettica – ben potrà darsi una loro validazione alla luce del livello macro-analitico.[4]

Un buon esempio di quanto appena detto appare essere proprio la storia della famiglia che – come è stato autorevolmente rilevato[5] – costituisce un

1 Grendi (2006) 232; de Vivo (2010) 387.
2 Fazio (1997).
3 Revel (2006) 24.
4 Trivellato (2009) 7; Rosental (2006).
5 Seidel Menchi (2009).

osservatorio in cui la differenza tra storia alta e storia sommessa tende a dissolversi: « la storia della famiglia è la variante sommessa della storia politica, lo sbocco della sua evoluzione e il risultato del suo adeguamento ai linguaggi e alle aspettative della società complessa e frammentata del nostro tempo. (…). Genealogie e storie dinastiche appartengono all'albero degli antenati della scienza storica senza aggettivi ed evidenziano l'origine comune dei due registri che si tende a distinguere come pubblico e privato. Quando la ricerca si confronta con dinastie principesche e nobiliari… il pubblico e il privato coincidono… Ancora oggi la storia economica è in parte storia di dinastie industriali ».[6]

L'opzione di scala quindi rappresenterebbe una occasione fruttuosa per un arricchimento semantico dei processi storici, passando per una rimeditazione delle categorie interpretative e per la loro verifica empirica.[7]

Una storia *dal basso*, quindi, che emerge dalla "ricostruzione del vissuto"[8] di un certo episodio storico, assurto agli onori delle cronache giudiziarie o emerso dagli archivi notarili.

Così la biografia di ogni singolo abitante del piccolo villaggio di Santena, a cavallo tra i XVII e XVIII secolo, assume una valenza straordinaria, ed inedita, per ripercorrere le dinamiche della partecipazione di ognuno alla storia generale, alla formazione e alla modificazione delle strutture portanti della realtà sociale di quel tempo.[9]

6 Seidel Menchi (2009) 29. *Ibidem* 30: « la concorrenza per l'esercizio del controllo sul matrimonio ha segnato il dialogo istituzionale tra chiese, poteri secolari e culture giuridiche, determinando variazioni consistenti nella morale coniugale e nella precettistica famigliare per chi sposta il punto di osservazione dall'una all'altra cultura politica e confessionale d'Europa... In tal modo la famiglia si è assicurata una posizione eminente nella storia politica, religiosa e culturale dell'Occidente ».

7 Ginzburg (1993) 34: « (microhistory) demostates… that any social structure is the result of interaction and of numerous individual strategies, a fabric that can only be reconstituted from close observation. It is a significant that the relationship between the microscopic dimension and the larger contextual dimension became in both cases (though so diverse) the organizing principle in the narration ». Seidel Menchi (2009) 28: la microstoria come « rappresentazione delle grandi forze impersonali della storia e i loro agire in una ottica concreta, cogliendo la loro incidenza sulle vite degli uomini, ha fornito una versione aggiornata, adeguata al nostro tempo, della storia tradizionale. La possibilità di accedere alla storia alta attraverso le vicende dei singoli individui ». Cfr. altresì Cerruti (1992).

8 Ginzburg/Poni (1979).

9 Levi (1985).

Il processo per eresia nei confronti di un mugnaio friulano del XVI secolo, Domenico Scandella, che descrive ai giudici incuriositi la sua idea sull'origine del cosmo, getta nuova luce sul dibattuto tema tra cultura delle classi dominanti e cultura popolare.[10]

Le vicende processuali di una vecchia mendicante palermitana del '700, che vendeva la sua "acqua miracolosa" alle donne che volevano disfarsi dei mariti, tratteggia un affresco a tinte forti sulle relazioni coniugali, parentali, di vicinato, così come sulla fragilità della famiglia nucleare urbana e sulla condizione femminile.[11]

2. Microstoria e comparazione giuridica: una ipotesi di lavoro

Provando ora a far "dialogare" la microstoria con la comparazione giuridica, alcune assonanze appaiono particolarmente significative.

(i) Innanzitutto, una profonda diffidenza nei confronti di quanto è stato efficacemente definito un « miscuglio di idee ricevute »,[12] fatto di generalizzazioni, cristallizzazione di nozioni recepite come *familiari* e osservate alla luce di una sorta di feticismo concettuale.

La microstoria, ben consapevole, al pari della comparazione, della non neutralità delle categorie e dei modelli teorici adottati,[13] apre spazi al dubbio e all'incertezza, animata da una costante "ermeneutica del sospetto".

Ecco allora che lo studio di una serie di itinerari individuali relativi alla formazione della classe operaia a Torino all'inizio del XX secolo (ricostruzione dei percorsi professionali e geografici, comportamenti demografici e strategie relazionali che accompagnano il passaggio dalla campagna alla città), disvela la pluralità e diversità delle forme di accesso e di esistenza nella condizione operaia, *smentendo* l'idea di una cultura operaia omogenea, o in grado di omogeneizzare i comportamenti.[14]

10 Ginzburg (1976).
11 Fiume (2008).
12 Grendi (1977) 519.
13 Putnam (2006) 620: « Any spatial, like any chronological, delimitation is a choice, reflecting a somewhat but not fully arbitrary view of patterns of commonality in the human experience. Macrolevel data can be crucial for determining fruitful axes of comparison. But for tracking the movement of people, goods, money, or ideas in order to form a considered judgement about the unit of study and spatial frame of reference that make sense for a particular research topic, microlevel examination is almost always necessary ».
14 Gribaudi (1987); nella prospettiva della storia sociale, Salvati (2008) 21–31.

Ancora, lo stereotipo che vuole le società mediterranee prevalentemente basate su modelli familistici e solidaristici, in mancanza di strutture pubbliche di assistenza verso i bisognosi (che si suole ritenere presenti solo nell'Europa nord-occidentale), cade a fronte dell'analisi microanalitica degli istituti caritevoli che sin dal '500 hanno implementato una sorta di "welfare" *ante litteram*.[15]

(ii) Similmente al metodo comparatistico, la microanalisi storica pone inoltre grande attenzione al "contesto" in cui si verifica un certo fenomeno,[16] nella consapevolezza della labilità e variabilità circa la sua valutazione: ecco allora che un determinato episodio storico appare, per un verso, paradigmatico di un certo problema storiografico e, per altro verso, illustrativo della cultura del tempo (*contestualizzazione culturale*),[17] ovvero dei reticoli di relazioni interpersonali che disegnano un cero *milieu* sociale (*contestualizzazione sociale*).[18]

Prospettive ricostruttive che pongono anch'esse grande attenzione a quello che i comparatisti chiamano *law in action*,[19] ovvero al diritto concretamente applicato che potrà anche sensibilmente divergere da quello per così dire declamato.

(iii) Infine, e strettamente collegato con quanto sopra, rileva la vocazione olistica e interdisciplinare della microstoria, in reazione a certi parametri settoriali che governano la ricerca storica (il politico, l'economico, il demografico, il sociale, ecc.):[20] ne discende la costruzione di un rapporto saldo

15 Per tutti Groppi (2010).

16 Revel (2006) 30: « L'originalità dell'approccio microstorico sembra consistere nel rifiuto del presupposto che sottende tutti gli usi che si sono appena evocati: cioè che esista un contesto unificato, omogeneo, all'interno del quale e in funzione del quale gli attori definirebbero le loro scelte. Questo rifiuto può essere inteso in due modi complementari: come un richiamo alla molteplicità delle esperienze e delle rappresentazioni sociali… attraverso le quali gli uomini costruiscono il loro mondo e le loro azioni…; ma anche, come un invito a invertire nell'analisi il modo di procedere più abituale per lo storico: quello che consiste nel partire da un contesto globale per situare e interpretare un testo ».

17 Ginzburg (1976); Subrahmanyam (2001); Cerruti (2015).

18 Levi (1985).

19 Pound (1910).

20 Grendi (1977) 511.

con altre scienze quali l'antropologia sociale di scuola inglese,[21] con l'antropologia economica,[22] la demografia,[23] e la statistica.

Quanto brevemente sopra esposto conduce a ritenere che la microanalisi storica, grazie alla visione che essa ha della dialettica individuo/comunità di appartenenza, possa costituire uno strumento raffinato di supporto alla lettura e interpretazione giuridica di quel mondo "nascosto" che è la famiglia: i fatti familiari – ci viene autorevolmente ricordato – « si svolgono entro quatto mura, mentre il diritto è più a suo agio per comprendere ciò che è episodico e pubblico ».[24]

Ciò detto, il percorso di indagine che si proverà, seppur brevemente, a seguire sarà teso a sperimentare sul piano epistemologico gli effetti di una analisi interdisciplinare tra microstoria e comparazione giuridica con riferimento a quanto è stata considerata una « permanenza etica delle pratiche sociali »,[25] ovvero la solidarietà tra i componenti della famiglia. In particolare, si verificherà se la solidarietà endo-familiare nei confronti dei suoi membri più deboli e bisognosi sia da considerarsi una costante diacronica e trans-sistemica, un sentimento per così dire "connaturato" all'essere umano in quanto tale (come viene rappresentato largamente dalla dottrina e giurisprudenza italiana), o se – diversamente – essa vada definita in base a relazioni e determinazioni materiali (storicamente e geograficamente condizionate) molto complesse: rapporto tra famiglia e autorità pubblica; reciproca interferenza tra oneri condivisi e imposti; peso del sistema normativo e giudiziario; forma dell'aggregato familiare nonché ruolo e condizione della donna.

21 Merziario (1981); Raggio (1990); Bensa (2006); Palumbo (2006). Sul punto così Trivellato (2011): « More like anthropologists than sociologists, microhistorians unravel hidden connections between aspects of a social and cultural system that would be invisible to a macro analysis. And like anthropologists, they tend to adopt a synchronic rather than a diachronic approach ».

22 Polanyi (2000).

23 Altman (2000); Moya (1998).

24 Carbonnier (1997) 231.

25 Palazzo (2002) 2 ss.

3. Solidarietà familiare, obbligazione alimentare e assistenza del bisognoso

L'idealizzazione di un passato in cui la famiglia – in assenza di un sistema pubblico di assistenza - era il luogo per eccellenza improntato ai valori della solidarietà risulta gravido di conseguenze sul piano ricostruttivo dell'obbligazione alimentare.

Da un lato, tradizionalmente, la più autorevole dottrina ha riscontrato il fondamento del precetto della legge di sovvenire ai bisogni dei parenti in un principio sostanzialmente morale ed etico, « imposto da sentimenti di reciproca riconoscenza »,[26] o semplicemente dalla vicinanza ed intimità dei rapporti parentali,[27] e quindi ritenuto connesso alla natura stessa dell'uomo, nonché "ovvio" in quanto a forza ed universalità.[28] Una matrice culturale dunque dal vago sentore giusnaturalista che trova in un passato idealizzato un forte appiglio argomentativo.

Curiosamente dall'altro, la stessa *mitizzazione* del ruolo della famiglia che soccorre e si prendere cura dei suoi componenti più deboli e bisognosi sembra innervare due narrazioni del tutto opposte sul rapporto solidarietà familiare/assistenza pubblica.

La prima auspica l'intervento pubblico come eventuale e comunque sussidiario rispetto alla solidarietà familiare: si vuole così evitare che il ricorso illimitato all'apparato pubblico di welfare comporti di fatto una *deresponsabilizzazione* del nucleo famigliare nei confronti dei componenti bisognosi.

Tale impostazione ha implicato una serie di conseguenze sul piano ricostruttivo, tra cui si evidenzia la strenua difesa (almeno sino all'abrogazione dell'art. 1, legge n. 1580/1931 in materia di rivalsa delle spese di spedalità e manicomiali)[29] della legittimità dell'azione di rivalsa da parte degli enti pubblici per le spese di assistenza e spedalizzazione nei confronti degli obbligati alimentari (ex art. 433 c.c.).

26 Secco, Rebuttati (1957) 7.
27 Auletta (1984) 23; Tedeschi (1969) 440.
28 Bo (1935) 221.
29 Legge 6 agosto 2008, n. 133, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*.

La seconda narrazione, sicura anch'essa della centralità (se non esclusività) delle reti familiari rispetto alla cura dei bisognosi in un *passato spesso indistinto*, conduce a considerazioni del tutto opposte rispetto a quelle poc'anzi espresse, ravvisando una reciproca e totale indipendenza (per alcuni, « indifferenza »)[30] tra obbligazione alimentare e sistema di sicurezza sociale.[31]

Vale la pena dunque provare ad interrogarsi sulla *verità storica* del topos culturale che vuole la famiglia del buon tempo andato come luogo di cura ed accoglienza per antonomasia, e che tanta parte, in modo espresso o criptotipico, sembra avere nelle ricostruzioni giuridiche in materia di obbligazioni alimentari.

3.1. La battaglia per la sopravvivenza e la difesa del benessere familiare: una lezione di microstoria

Un attento e raffinato filone di ricerca microanalitica in materia di solidarietà intergenerazionale offre significativi spunti di riflessione volti al superamento di letture schematiche e semplificanti.

Innanzitutto, come sopra accennato, le tesi dualiste di certa storiografia,[32] che vogliono un nord Europa attrezzato con istituzioni pubbliche di assistenza e un meridione europeo basato sul modello di soccorso esclusivamente familistico, vanno in parte ridimensionate.

L'analisi storica della famiglia, come dato socialmente costruito,[33] a prescindere dalla sua collocazione geografica, rivela una profonda immersione della stessa in una rete estremamente articolata di soggetti ed enti deputati al soccorso e alla cura dei bisognosi, in cui risulta arduo tratteggiare una netta linea di demarcazione tra assistenza formale e informale, pubblica e privata.[34] Le strategie di sopravvivenza dell'individuo fanno affidamento storicamente su diverse ed interconnesse « agenzie di welfare »:[35] la famiglia, il vicinato, la chiesa, l'ospizio, enti di beneficienza e caritatevoli.[36]

30 Dogliotti (1994) 207.
31 Dogliotti (1993) 679; Dogliotti (2002); Dogliotti (1989); Pacia (2010) 683.
32 Laslett (1988); Reher (2004) 52–53; Hill (1952); Fazio (2005).
33 Zemon Davis (1980) 23–90; Rosa (1980); Politi, Rosa, Della Peruta (1982); Woolf (1988); Zamagni (2000); Saraceno (1998); Arru (1998).
34 Groppi (2013) 480.
35 Innes (1996); Smith (1996); Pullan (1995); Groppi (2013) 481.
36 Horden, Smith (1998); Cavallo (2006); Ferrante, Palazzi, Pomata (1988); Boulton (2000); Pelling, Smith (1991); Cappelletto, Doriguzzi, Ciammitti, Ferrante (1983).

In secondo luogo, lo stesso concetto di soggetto *debole* o *bisognoso* di cura e soccorso, è storicamente condizionato e tutt'altro che ovvio.

Molto qui vi è da imparare dalla « storia delle emozioni e dei sentimenti »:[37] Shorter, ad esempio, con riferimento al sentimento materno nel '600 ci dice che « le cure materne ai figli sono un'invenzione del mondo moderno. Nella società tradizionale, lo sviluppo e la felicità dei neonati inferiori ai due anni erano considerati con indifferenza dalle madri – che invece nella solidarietà moderna pongono sopra ogni cosa il benessere dei bambini ».[38]

Ancora, la vecchiaia, pur accompagnata dal bisogno economico, non era affatto sufficiente per far scattare il soccorso parentale o, in mancanza, quello istituzionale: il principio fondamentale era quello della responsabilità individuale per la propria sopravvivenza. Conseguentemente, per avvalorare lo stato di povertà bisognava dare prova della propria inabilità al lavoro, e ciò a prescindere della età anagrafica.

La distinzione "tra falsi e veri poveri", di centrale importanza sin dal '500 nelle decisioni dell'autorità giudiziaria (chiamata a scrutinare le domande alimentari nei confronti dei parenti) e delle istituzioni assistenziali e caritatevoli (al fine di consentire al singolo individuo l'accesso ai servizi e al soccorso), si basa proprio sulla prova dell'abilità individuale di procacciarsi il necessario per vivere.[39]

L'analisi microstorica, mediante la disamina dei criteri di selezione e delle loro prassi applicative nell'ambito degli istituti di soccorso, evidenzia la « *caleidoscopica diversità* di pratiche e discorsi che rende la vecchiaia irriducibile a frettolose generalizzazioni ».[40]

Infine, e strettamente collegato con quanto sopra, è importante soffermarsi sul rapporto tra solidarietà parentale e assistenza pubblica, in cui la seconda pare essere pacificamente subordinata (almeno in Italia), oltre che alla prova della vecchiaia ed invalidità, alla dimostrazione di non avere parenti obbligati alimentari, o comunque in grado di ottemperare all'obbligazione alimentare.

37 Ariès (1995); Shorter (1978); Stone (1983); Flandrin (1977); Casey (1991) 183 ss.; Chartier (1986); Bizzocchi (2001).

38 Shorter (1978) 168.

39 Zucca Micheletto (2013) 527.

40 Groppi (2006) 53.

Si prenda a titolo meramente esemplificativo il sistema di *welfare* nella Roma pontificia,[41] dove l'accettazione degli anziani sin dal '500 nella istituzione caritatevole dell'Ospedale dei poveri mendicanti di S. Sisto era subordinata all'esito positivo delle cosiddette *interrogazioni* tese a verificare se il soggetto avesse mogli, figli o altri parenti che potessero sostenere le spese di accoglienza. Sistema che si affina in occasione della fondazione dell'Ospizio apostolico dei poveri invalidi con l'emanazione nel 1693 di un *breve* da parte di Gregorio XV che conteneva una vera e propria formula di giuramento, da farsi dinanzi al notaio dell'Ospizio e a due testimoni, con la quale l'anziano indigente doveva rispondere alla domanda « *an aliquid in hoc mundo possideat* » e contestualmente veniva avvertito che « *si aliquid possideat et cum giuramento tacuerit, statim effectum deveniet dicto Hospitio* ».[42]

Così similmente a Torino, nell'Ospedale di Carità,[43] o a Treviso, nell'Ospedale di Santa Maria dei Battuti.[44]

Ecco allora che la « sussidiarietà dell'obbligo alimentare che ricade sulla collettività rispetto a quello che ricade sulla famiglia (appare essere) *una regola di lunga durata*, che si declina con maggiore o minore intensità a seconda dell'esito di quella che si configura come una negoziazione permanente tra micro e macro-sistemi di solidarietà ».[45]

L'analisi microstorica è poi ampiamente consapevole del grandissimo peso su quanto appena esposto derivante dalla minore o maggiore propensione del sistema giudiziario alla coazione delle obbligazioni alimentari.

Nella Roma dei Papi, ad esempio, il Tribunale del Cardinale Vicario,[46]con competenza esclusiva sin dal 1772 in materia di alimenti,[47] si impegna in modo molto rigoroso e puntuale alla determinazione mediante decreto della somma da corrispondere a titolo di alimenti, e della celere esecuzione dei provvedimenti nei confronti di parenti recalcitranti che avveniva con le stesse procedure utilizzate in materia fiscale. Ciò a dimostrazione del « valore

41 Groppi (2006) 65.
42 Archivio di Stato di Roma, Ospizio Apostolico di San Michele, b. 30.
43 Zucca Micheletto (2013) 525.
44 Scherman (2013).
45 Groppi (2006) 67.
46 Groppi (1996); Groppi (2011).
47 Chirografo della Santità di Nostro Signore PP. Clemente XIV felicemente Regnante concesso al Tribunale del Vicariato di Roma, Roma, 1772.

sociale attribuito alla somministrazione degli alimenti » e del fatto che essi « travalicano l'interesse particolare e *privato* ».[48]

Pertanto

> (n)ella capitale pontificia l'ampio raggio delle responsabilità familiari era sostenuto e controllato da un intervento pubblico che, attraverso le armi della persuasione e della costrizione, imponeva alle famiglie l'assunzione di quei compiti di cura e di assistenza che la legge definiva come naturali, ma a cui molti cercavano di sottrarsi. Le persone povere che non erano *naturalmente* alimentate dai propri parenti, avevano nel Tribunale del Vicariato un potente alleato che si sforzava in sede extragiudiziale di convincere, ma anche di obbligare, gli aventi dovere a versare la pensione alimentare.[49]

Tutt'altro avviene nell'Inghilterra elisabettiana in cui le cause aventi ad oggetto gli obblighi alimentari risultano essere estremamente scarse in numero.[50] Se da un lato le celeberrime Poor Laws[51] prevedevano disposizioni in materia di responsabilità familiare nei confronti dei parenti bisognosi

> (« The father and grandfather, the mother and grandmother, and the children of everie poore blind lame and impotent person, or other poore person not able to worke, beinge of sufficient abilitie, shall at their own Chardges relieve and maintain everie suche poore person, in that manner and accordinge to that rate as by the Justices of the Peace of that Countie where such sufficient persons dwell, or the greater number of them, at their generall Quarter-Sessions shalbe assessed; upon paine that everie one of them shall forfeite twenty shilling for everie monthe which they shall faile therein »),[52]

dall'altro esse di rado erano oggetto di coercizione, lasciando gli individui liberi di rivolgersi al sistema pubblico di assistenza.[53]

Il dato però non va disgiunto dalla studio demografico dell'Inghilterra nell'età moderna che registra sin dal XVI sec. un netto declino della famiglia parentale allargata con la contestuale ascesa della famiglia nucleare, ben prima di quanto avvenga nel resto del continente europeo.[54] Di tal ché « quando la cerchia dei parenti cessò di essere oggetto di solidarietà, questa

48 Groppi (1996) 311.
49 Groppi (1996) 322.
50 Quigley (1996).
51 *An Act for the Reliefe of the Poore*, 39 Eliz. I, c. 3 (1597) e *An Act for the Relief of the Poor*, 43 Eliz. I, c. 2 (1601).
52 43 Eliz. c. 2, § VII (1601).
53 Thompson (1984) 272; Casabona (2008) 17–28.
54 Laslet (1972).

ultima non si rivolse solo all'interno della famiglia, nel nucleo più ristretto, ma si proiettò all'esterno verso lo Stato, la cui linea di condotta e le cui azioni erano responsabili in non piccola parte del declino della parentela ».[55]

Il rapporto tra solidarietà familiare e assistenza pubblica[56] in Europa, visto in un prospettiva diacronica, restituisce in tal modo l'immagine di una tensione secolare tra famiglie e istituti assistenziali: le famiglie cercano in tutti i modi di preservare il loro benessere economico facendo gravare gli oneri di assistenza dei parenti bisognosi sulle istituzioni caritatevoli; queste ultime, mediante rigidi controlli dei requisiti di accesso per gli assistiti, contrastano le strategie elusive rispetto ai doveri di solidarietà familiare da parte degli obbligati agli alimenti.

Tutto ciò con buona pace della *mistica del sangue* che vorrebbe un idilliaco passato in cui la cura e il soccorso avvenivano esclusivamente all'interno di famiglie accoglienti e amorevoli.

4. Spunti di riflessione conclusivi

La microstoria, al pari della comparazione giuridica, sembra avere una vocazione straordinaria a porre questioni che hanno un significato e una rilevanza generale, ma riconosce come valide una pluralità di risposte possibili *a seconda del contesto considerato*. Sotto questa prospettiva la microanalisi storica appare essere uno strumento di grande utilità per l'interpretazione di quegli stessi fatti storici, concreti ed umani, che sono oggetto dello studio comparativo.[57]

La breve riflessione sin qui condotta ha avuto per oggetto il diritto agli alimenti che si pone ad un incrocio delicatissimo in cui si confrontano prospettive differenti (quella dell'individuo in stato di bisogno, della famiglia, e della collettività), e interessi – in potenza – contrastanti (almeno sotto il profilo della sopportazione degli oneri di assistenza).

Con riferimento al tema prescelto, e quindi senza alcuna velleità di generalizzazione, mi sembra che la microanalisi storica abbia arricchito lo strumentario del comparatista almeno sotto un duplice profilo.

55 Stone (1979) 31–32.
56 Attias-Donfut, Rozenkier (1995).
57 Gorla (1981) 77.

(i) Innanzitutto, essa ha messo per così dire a fuoco un dato che a me sembra estremamente vitale (nel senso del suo dinamismo e variabilità) e cruciale (per una profonda comprensione del fenomeno), ovvero quello che il gesto gratuito, solidaristico se si vuole, non può essere davvero inteso senza tenere conto delle coercizioni che – ieri come oggi – spingono a compierlo.[58] Le risultanze della analisi microstorica sull'assistenza ai bisognosi aprono alla consapevolezza del fatto che i vincoli solidaristici familiari « lungi dall'essere *naturali e gratuiti*, sono il risultato, mai definitivo e tanto meno ovvio, di comportamenti sociali storicamente dati e rappresentati, all'interno dei quali la legislazione gioca un ruolo prescrittivo »,[59] aggiungerei *performativo*.

(ii) In secondo luogo, la microstoria allontana con forza l'osservatore dalla « tentazione naturalistica »[60] che spesso connota la concezione e la ricostruzione giuridica della solidarietà familiare.

Le tante storie di miseri in cerca di aiuto, che emergono con ritrovata forza da polverosi archivi del passato, rivelano che l'invocata ed evocativa solidarietà tra parenti non è « un portato naturale universale »,[61] ma una *pratica sociale* che va storicizzata e contestualizzata.

La solidarietà familiare smette così di essere una categoria esterna, recante una certa rappresentazione alla quale si deve adesione acritica, per divenire comportamento animato da strategie, condizionato dalla disponibilità di risorse (materiali e/o simboliche) e capace di modellare le norme e di esserne a sua volta modellato.

Ecco allora che l'idea che la famiglia debba farsi carico del benessere dei suoi membri pare assumere « più un valore pedagogico e culturale che non un valore innato e naturale ».[62]

58 Pullan (1982).
59 Laudani (2012) 146.
60 Rodotà (2014) 20.
61 Groppi (2013) 485.
62 Groppi (2013) 481.

Bibliografia

Altman, Ida (2000), Transatlantic ties in the Spanish empire, Stanford

Ariès, Philippe (1995), Padri e figli nell'Europa medievale e moderna, Roma

Arru, Angiolina (1998), Donare non è perdere. I vantaggi della reciprocità a Roma tra Settecento ed Ottocento, in: Quaderni Storici 33, 361–382

Attias-Donfut, Claudine, Alain Rozenkier (1995), Les solidarités entre générations: vieillesse, familles, état, Parigi

Auletta, Tommaso (1984), Alimenti e solidarietà familiare, Milano

Bensa, Alban (2006), Dalla microstoria alla antropologia critica, in: Revel, Jacques (a cura di), Giochi di Scala, Roma, 45–83

Bizzocchi, Roberto (2001), In famiglia. Storie di interessi e affetti nell'Italia moderna, Roma

Bo, Giorgio (1935), Il diritto agli alimenti, Milano

Boulton, Jeremy (2000), « It is extreme necessity that makes me do this »: some survival strategies of pauper household in London's West End during the early Eighteenth century, in: International Review of Social History 45, 47–69

Cappelletto, Giovanna, Franca Doriguzzi, Luisa Ciammitti, Lucia Ferrante (1983), (a cura di) Sistemi di carità. Esposti ed internati nelle società di Antico Regime, in: Quaderni Storici, 53

Carbonnier, Jean (1997), Flessibile diritto, Milano

Casabona, Salvatore (2008), Il dovere di assistenza verso il genitore in stato di bisogno, Napoli

Casey, James (1991), La famiglia nella storia, Roma

Cavallo, Sandra (2006), L'importanza della famiglia orizzontale nella storia della famiglia italiana, in: Fazio, Ida, Daniela Lombardi (a cura di), Generazioni. Legami di parentela tra passato e presente, Roma, 69–92

Cerruti, Simona (1992), La Ville et les métiers: Naissance d'un langage corporatif, Torino, 1992

Cerruti, Simona (2015), Who is below?, in: Annales. Histoire, Sciences Sociales 4, 931–956, https://doi.org/10.1353/ahs.2015.0167

Chartier, Roger (1986), (a cura di) Historie de la vie privée, Parigi

De Vivo, Filippo (2010), Prospect or refuge? Microhistory, history on the large scale, in: Cultural and Social History 3, 387–397

Dogliotti, Massimo (1989), Gli enti pubblici non possono pretendere contributi economici dai parenti tenuti agli alimenti di persone assistite, in: Prospettive Assistenziali 87

Dogliotti, Massimo (1993), Il diritto alla salute spetta a tutti i cittadini … tranne che agli anziani non autosufficienti, in: Giurisprudenza Italiana 2, 679–690

Dogliotti, Massimo (1994), Doveri familiari ed obbligazione alimentare, in: Trattato di Diritto Civile e Commerciale Cicu e Messineo, Milano

Dogliotti, Massimo (2002), Ancora sul pagamento delle rette a carico dei parenti tenuti agli alimenti – Errare umanum est, perseverare diabolicum, in: Prospettive assistenziali 138

Fazio, Ida (1997), Famiglia, matrimonio, trasmissione della proprietà: ipotesi di lavoro a partire dal caso siciliano, in: Meloni, Benedetto (a cura di), Famiglia meridionale senza familismo. Strategie economiche, reti di relazione e parentela, Roma, 3–23

Fazio, Ida (2005), "Legami forti" e storia della famiglia in Italia. Questioni di metodo, questioni di genere, in: Storica 33, 7–39

Ferrante, Lucia, Maura Palazzi, Gianna Pomata (1988), (a cura di) Ragnatele di rapporti, patronage e reti di relazione nella storia delle donne, Torino

Fiume, Giovanna (2008), Mariti e pidocchi, Roma

Flandrin, Jean-Louis (1977), La famiglia, Bologna

Giacobbe, Emanuela (2016), I vecchi e i giovani, in: Diritto di Famiglia e delle Persone 3, 905–922

Ginzburg, Carlo (1993), Microhistory: two or three things that I know about it, in: Critical Inquiry 1, 10–35, https://doi.org/10.1086/448699

Ginzburg, Carlo (1976), Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500, Torino

Ginzburg, Carlo, Carlo Poni (1979), Il nome e il come: scambio ineguale e mercato storiografico, in: Quaderni Storici 40, 181–190

Gorla, Gino (1981), Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano

Grendi, Edoardo (1977), Micro-analisi e storia sociale, in: Quaderni Storici 1, 506–520

Grendi, Edoardo (2006), Ripensare la microstoria?, in Revel, Jacques (a cura di), Giochi di Scala, Roma, 227–237

Gribaudi, Maurizio (1987), Mondo operaio e mito operaio, Torino, 1987

Groppi, Angela (1996), Il diritto del sangue. Le responsabilità familiari nei confronti delle vecchie e delle nuove generazioni (Roma, secoli XVIII–XIX), in: Quaderni Storici 31, 305–333

Groppi, Angela (2010), Il welfare prima del welfare – Assistenza alla vecchiaia e solidarietà tra generazioni a Roma in età moderna, Roma

Groppi, Angela (2011) Les Tribunal du Vicariat et les obligations alimentaires intrafamiliales dans la Rome des papes (XVIII–XIX siècles), in: Bellavitis, Anne, Isabelle Chabot (a cura di), La justice des familles. Autour de la transmission des biens, des savoirs et des pouvoirs (Europe, Nouveau Monde, XIIe–XIXe siècles), Roma, 245–262

Groppi, Angela (2013), L'assistenza agli anziani in età moderna: compiti sociali e doveri familiari, in: Ammannati, Francesco (a cura di), Assistenza e solidarietà in Europa secc. XIII–XVIII, Firenze, 479–492

Hill, Christopher (1952), Puritans and the poor, in: Past and Present 2, 32–50

Horden, Peregrine, Richard Smith (a cura di) (1998), The locus of care. Families, communities, institutions and the provision of welfare since antiquity, London

Innes, Joanna (1996), The mixed economy of welfare in early modern England: assessment of the options from Hale to Malthus, in: Daunton, Martin (a cura di), Charity, self-interest and welfare in the English past, New York, 139–180

Laslett, Peter (1972), Household and Family in Past Time, London
Laslett, Peter (1988), Family, kinship and collectivity as systems of support in pre-industrial Europe: a consideration of the "nuclear-hardship" hypotesis, in: Community and Change 3, 153–175
Laudani, Simona (2012), La galassia vecchiaia, in Storica 54, 139–149
Levi, Giovanni (1985), L'eredità immateriale. Carriera di un esorcista nel Piemonte del Seicento, Torino
Merzario, Raul (1981), Il paese ristretto – Strategie matrimoniali nella diocesi di Como, secoli XVI–XVIII, Torino
Moya, Josè (1998), Cousins and strangers; Spanish immigrants in Buenos Aires – 1850–1930, Berkeley
Morozzo Della Rocca, Paolo (2013), Doveri di solidarietà familiare e prestazioni di pubblica assistenza, in: Famiglia e diritto, 730–736
Pacia, Romana (2010), Gli alimenti, in: Famiglia, Persone e Successioni, 681–691
Palazzo, Antonio (2002), Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna, in: Palazzo, Antonio, Ione Ferranti, Etica del diritto privato, vol. 1, Padova, 1–142
Palumbo Berardino (2006), Scuola, scala, appartenenza. Problemi di identità tra storia e antropologia, in: Revel, Jacques (a cura di), Giochi di Scala, Roma, 251–299
Pelling, Margaret, Richard Smith (1991), (a cura di) Life, death and the elderly. Historical perspectives, London
Polanyi, Karl (2000), La grande trasformazione (1944), Torino
Politi, Giorgio, Mario Rosa, Franco Della Peruta(1982), (a cura di) Timore e carità: i poveri nell'Italia moderna, Cremona
Pullan, Brian (1982), The old catholocism, the new catholicism and the poor, in: Politi, Giorgio, Mario Rosa, Franco Della Peruta (a cura di), Timore e carità, Cremona, 13–25
Pullan, Brian (1995), Povertà, carità e nuove forme di assistenza nell'Europa moderna, in: Zardin, Danilo (a cura), La città e i poveri. Milano e le terre lombarde dal Rinascimento all'età spagnola, Milano, 21–44
Putnam, Lara (2006), To study the fragments/whole: microhistory and the Atlantic world, in: Journal of Social History, 615–630
Quigley, William (1996), Five hundred years of English Poor Laws, 1349–1834, in: Akron Law Review 30, 73–98
Raggio, Osvaldo (1990), Faide e Parentele, Torino
Reher, David (2004), Family ties in western Europe. Persistent Contrasts, in: Dalla Zuanna, Giampiero, Giuseppe Micheli (a cura di), Strong family and law fertility: a paradox?, London, 45–76
Revel, Jacques (2006), Microanalisi e costruzione sociale, in: Revel, Jacques (a cura di), Giochi di Scala, Roma, 19–44
Rodotà, Stefano (2014), Solidarietà – Un'utopia necessaria, Roma
Rosa, Mario (1980), Chiesa, idee sui poveri e assistenza in Italia dal Cinquecento al Settecento, in: Società e Storia 10, 775–886

Pound, Roscoe (1910), Law in Books and Law in Action, in: 44 American Law Review, 44, 12–36
Rosental, Paul-André (2006), Costruire il "macro" attraverso il "micro": Fredrik Barth e la microstoria, in: Revel, Jacques (a cura di), Giochi di Scala, Roma, 147–169
Salvati, Mariuccia (2008), Une histoire sociale à l'italienne?, in: Salvati, Mariuccia, Agnès Roche (a cura di), Vingtième Siècle, 100, 21–31
Saraceno, Chiara (1998), Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia, Bologna
Scherman, Matthieu (2013), Les formes de l'assistance à Trèvise au XV siècle, in: Ammannati, Francesco (a cura di), Assistenza e solidarietà in Europa secc. XIII–XVIII, Firenze, 509–519
Secco, Luigi, Carlo Rebuttati (1957), Degli alimenti, Milano
Seidel Menchi, Silvana (2009), Storia alta, storia sommessa – Dicotomia della ricerca e storia della famiglia, in: Bellavitis, Anne, Isabelle Chabot (a cura di), Famiglie e poteri in Italia tra Medioevo ed età moderna, Roma, 17–31
Shorter, Edward (1978), Famiglia e civiltà, Milano
Smith, Richard (1996), Charity, self-interest and welfare: reflections from demographic and family history, in: Daunton, Martin (a cura di), Charity, self-interest and welfare in the English past, New York, 23–49
Stone, Lawrence (1983), Famiglia, sesso e matrimonio in Inghilterra tra Cinque e Ottocento, Torino
Stone, Lawrence (1979), La nascita della famiglia nucleare agli albori dell'Inghilterra moderna: lo stadio patriarcale, in: Rosemberg, Charles (a cura di), La famiglia nella storia, Torino, 31–32
Subrahmanyam, Sanjay (2001), Du tage au Gange au XVI siècle: une conjoncture millénariste à l'échelle eurasiatique, Annales. Histoire, Sciences Sociales 1, 51–84, https://doi.org/10.3406/ahess.2001.279934
Tedeschi, Guido (1969), Gli alimenti, in: Trattato di Diritto Civile Vassalli, Padova
Thompson, David (1984), « I am not my father's keeper »: Families and the elderly in nineteenth century England, in: Law and History Review 2, 265–286
Trivellato, Francesca (2009), The familiarity of strangers, New Haven
Trivellato, Francesca (2011), Is there a future for Italian microhistory in the age of global history?, in: California Italian Studies, 2, http://escholarship.org/uc/item/0z94n9hq
Woolf, Stuart (1988), Porca miseria. Poveri ed assistenza in età moderna, Roma
Zamagni, Vera (a cura di) (2000), Povertà e innovazioni istituzionali in Italia. Dal medioevo ad oggi, Bologna
Zemon Davis, Natalie (1980), Le culture del popolo, Sapere, rituali e resistenze nella Francia del Cinquecento, Torino, 23–90
Zucca Micheletto, Beatrice (2013), Family solidarity vs Institutional relief? Interaction and complementarity between different survival strategies in 18th century Turin, in: Ammannati, Francesco (a cura di), Assistenza e solidarietà in Europa secc XIII–XVIII, Firenze, 521–531

Tommaso dalla Massara

Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione

1. Un dibattito sulla comparazione diacronica, oggi

Coglie appieno un'esigenza del nostro tempo il confronto avviato – al quale sono davvero lieto di poter contribuire, per il cortese invito di Alessandro Somma – intorno ai presupposti e ai modi con cui siano sperimentabili nuove prospettive di ricerca orientate a una comparazione giuridica che involga la storia; e aggiungo che l'esigenza di un confronto su questo terreno pare essersi fatta sempre più urgente, in questi ultimi anni, via via che gli studi storici – e maggiormente, all'interno di questi, quelli romanistici – sono entrati in una dinamica di crescente isolamento.

In altre sedi ho avuto occasione di sviluppare qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storica che in Italia sovente si è espressa nei termini di un linguaggio endoparadigmatico, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non contribuiscono a realizzare ciò che i filosofi chiamano una *conoscenza cumulativa* (nella specie, in relazione al sapere giuridico nel suo complesso).[1]

Beninteso, non si potrebbe mettere in dubbio che la ricerca storico-romanistica – di sicuro se prendiamo a riferimento la situazione in Italia e in Germania – sia nel suo insieme tanto prolifica quanto impegnata, scrupolosa e accurata. Però credo si possa dire che essa si sia a tratti disinteressata del rischio che frattanto andasse logorandosi, forse fino quasi a spezzarsi, il filo del dialogo con la più ampia comunità dei giuristi. Ecco così che, oggi, il coefficiente di integrazione dialogica delle ricerche condotte sulle fonti

1 Su ciò, muovendo dalla lettura di Marconi (2014) 112 ss., mi ero soffermato in dalla Massara (2015) 657 ss., 668; in precedenza, avevo espresso qualche considerazione nella medesima prospettiva in dalla Massara (2013a) 173 ss., frutto di una riflessione convegnistica in cui avevo avuto l'onore e il piacere di condividere il tema con P. Grossi, il quale condensò poi il suo pensiero in Grossi (2012) 321 ss. I contenuti del mio intervento sono invece confluiti in dalla Massara (2013b) 927 ss.

romane o comunque nel solco della tradizione romanistica – giacché a queste mi riferirò in particolare – con quelle sviluppate *in primis* dalla civilistica, non meno che con quelle dei cultori del diritto comparato, appare al momento ridotto al minimo.[2]

È difficile negarlo: tra i romanisti, la comparazione diacronica conta al momento pochi estimatori.

Il metodo che almeno da una trentina d'anni era in voga chiamare storico-comparatistico[3] (mentre oggi quest'etichetta appare assai meno *à la page*: però forse è anche un fatto di pura moda nominalistica), accolto dapprima con qualche semplicismo in Italia, risulta di questi tempi marginalizzato. Di ciò non v'è da dubitare anche sol che si faccia un paragone quantitativo con il ben più corposo e crescente impegno profuso su fronti che, pur tra loro assai differenziati, sono accomunati proprio dal fatto di poggiare su una piattaforma di conoscenze incomunicanti rispetto al presente giuridico.

È da dire subito che, nella cornice delle tante riflessioni che possono svolgersi su questi temi, non si potrebbe fingere di non vedere la presenza incombente di un convitato di pietra: e quest'ultimo porta il nome, ormai quasi famigerato, di *Fondamenti del diritto europeo* ovvero – secondo altra variante – di *Fondamenti del diritto privato europeo*.

Certo, è intorno alla decisione legislativa, presa quasi a sorpresa poco meno di vent'anni fa, di creare un insegnamento di *Fondamenti* – da collocarsi tanto nei corsi di laurea quanto nel *post lauream* – che è andato sviluppandosi per anni un dibattito, focalizzato principalmente sulla didattica (e, almeno a me pare, in più piccola parte spintosi lungo il crinale della ricerca),

2 Per più ampie considerazioni, mi permetto di nuovamente rinviare a dalla Massara (2015).

3 Tra i primi in Italia a parlare espressamente di quel metodo, più di quarant'anni fa, Impallomeni (1971) I, 369 ss. Fotografa lo stato dell'arte della romanistica italiana Masi Doria (2016) 179 ss. (anche se l'arco temporale rappresentato è quello tra gli anni Settanta e il Duemila), dedicando un paragrafo (192 ss.) a « Diritto delle Pandette, relazione tra diritto romano e diritto vigente e Neopandettismo »: « il "neopandettismo" di matrice tedesca (in una linea che va da Knütel a Zimmermann e oltre), ha preso piede anche da noi negli anni '90, con tentativi attualizzanti e giustificazioni del metodo che hanno toccato anche il posizionamento della disciplina all'interno delle Facoltà giuridiche (soprattutto nella prospettiva – ma quanto poi effettivamente attuata? – del dialogo con i privatisti) » (così, in specie, 193).

in ordine ai presupposti e ai metodi più idonei a sviluppare una comparazione diacronica.

Il dibattito sui *Fondamenti*, apparso ben presto ridondante e spesso poco fruttifero per qualche eccesso d'astrazione (invero si è parlato di *Fondamenti* più di quanto non si sia tentato di metterli in opera), appare oggi sopito; e questo può dirsi quasi più per l'esaurirsi delle forze dei contendenti in campo che per la satisfattività degli esiti raggiunti.[4]

D'altra parte, dopo tanto dibattere e disputare, la stessa possibilità di attivare corsi di *Fondamenti* è stata poi per lo più lasciata cadere nei piani didattici dei nostri Atenei (spesso si ritrova l'insegnamento nei percorsi che ancora potremmo chiamare a libera o liberissima scelta). In parallelo, anche i non molti itinerari di sperimentazione di un metodo di ricerca incentrato sulla comparazione diacronica paiono essersi in buona parte sfilacciati e quasi dispersi.

Ebbene, svolte queste poche premesse, vien fatto di chiedersi: ha dunque ancora un senso interrogarsi, oggi, sulla plausibilità di nuovi percorsi di comparazione diacronica?

Forse queste pagine sembreranno a taluno ingenue (giacché ogni ottimismo, di fatto, è un atto di ingenuità), ma la risposta che tenterò di dare è di segno affermativo.

2. Ripartire dalla comparazione: brevi appunti di lavoro sulla ricerca del comparatista-storico

Come appena detto, lungi dalle intenzioni di queste pagine è di ritornare sulla vecchia discussione intorno ai *Fondamenti*: parrebbe altrimenti di assecondare la consueta tendenza della romanistica a ripiegare su una delle sue tante battaglie di retroguardia.[5]

4 Sulle polemiche metodologiche scaturite dall'introduzione dei *Fondamenti*, a valle del decreto n. 537 del 1999, si veda anzitutto Garofalo (2015a) 137 ss., ove una sintesi delle posizioni e una prospettiva di superamento dei problemi; tra le tante posizioni espresse di recente in argomento, segnalo inoltre quella – molto equilibrata – di Garbarino (2013) 63. In passato, fu dedicato un convegno all'identificazione e alla perimetrazione dei *Fondamenti del diritto europeo*, i cui esiti sono pubblicati in Zamorani et al. (2005).

5 La romanistica italiana ha in tante occasioni combattuto battaglie di retroguardia: cfr. Santucci (2016) 63 ss.

Penso invece che si debba muovere proprio dalla constatazione, se non di un vero e proprio fallimento, almeno di un diffuso senso di insoddisfazione rispetto agli esiti sin qui prodotti quando si siano tentati percorsi orientati in senso storico-comparatistico.

Certo, molto si potrebbe chiosare sul punto.

Per esempio – come accennavo poc'anzi – varrebbe la pena di chiedersi se, al di là di tanto discutere sulla didattica dei *Fondamenti*, sia stato compiuto uno sforzo adeguato per elaborare una nuova metodologia della ricerca, giacché resta il dubbio che quell'intenso dibattito abbia solo in parte e indirettamente intercettato il tema – più arduo, sicuramente, e nondimeno ineludibile – posto dall'identificazione e dalla perimetrazione dello statuto epistemologico di uno studio seriamente orientato nel senso della comparazione diacronica.

Forse proprio questo è mancato. Sì, perché il problema non risolto, al fondo, credo sia quello di non aver messo a punto i presupposti e gli scopi di un metodo di ricerca giuridica correttamente sviluppata nella dimensione diacronica; in altri termini, il problema non era quello – banalmente legato alle evenienze di una spesso imprevedibile legislazione universitaria – di organizzare un settore scientifico-disciplinare di fronte alla possibilità di attivazione di un nuovo insegnamento. Il tema, invece, era e resta da affrontarsi sotto il profilo della *conoscenza*, nonché in specie dei suoi modi e dei suoi obiettivi.

Le cause della diffusa insoddisfazione – di cui dicevo – di fronte agli esiti di una ricerca in cui si sperimenti un confronto tra modelli giuridici tratti dall'esperienza romana e modelli della contemporaneità sono tante e in larga parte note.

In estrema sintesi, a me pare che talvolta la bontà degli esiti sia stata minata dalla retoricizzazione della primazia/priorità storica del diritto romano; credo poi che altre volte la pochezza dei risultati sia scaturita da una banalizzazione della metodologia comparativa impiegata, o perché in diretta dipendenza di un'impostazione eccessivamente macro, oppure perché derivante dall'isolamento arbitrario (con conseguente enfatizzazione) dei soli tratti di continuità storica a fronte dei molti altri – sottaciuti – di discontinuità.[6]

6 Sono limiti messi a fuoco da Somma (2008) 225 ss.; cfr., inoltre, Monateri (2008) 213 ss. Sull'ideologizzazione del diritto romano, peraltro, già Sacco (1992) 55 s.

Ciò vale ovviamente solo come diagnosi in via di primissima approssimazione.

In ogni caso, se non paiono mancare i buoni motivi per confermare la sensazione di insoddisfazione di cui sopra parlavo, tuttavia sono persuaso – lo dico a costo di ripetermi – che vi siano spazi per dar luogo a ottimi filoni di ricerca nella prospettiva diacronica; a patto, però, che si riparta dall'idea che quel che si va conducendo è un lavoro di *comparazione giuridica*.

Eccoci al punto. L'idea di fondo che sento qui di sostenere è proprio che una ricerca declinata nella dimensione diacronica debba essere condotta secondo *parametri comparatistici*.

In questo senso, nulla v'è di troppo nuovo: che quello dello storico del diritto sia un lavoro imprescindibilmente comparatistico, era detto con chiarezza da Francesco Carnelutti: « la storia del diritto non ha mai operato né sarebbe possibile che operasse a servizio della scienza se non mediante comparazione… fino a ieri il problema del metodo storico comparativo non era stato affrontato: e il difetto del metodo ha pregiudicato non di rado la fecondità dello sforzo ».[7]

Al netto di qualche ripulitura (certamente non piace la visione di una storia del diritto *servente)*, l'idea è perspicua. Se si muove da questa premessa,

7 Così Carnelutti (1936) 3. Si tratta di una linea di pensiero – quella che lega intimamente la comparazione alla storia – che arriva fino ai nostri giorni: si veda, per esempio, Bucher, (2010) 252 s.: « Rechtskomparatistik (ist) eine Betrachtungsweise, die notwendig neben der Dimension des Ortes auch jene der Zeit einbezieht. In zahlreichen Beiträgen wird die Bedeutung der historischen Sicht explizit herausgestellt oder als selbstverständlich vorausgesetzt, dass Rechtsvergleichung ohne Einbezug der historischen Grundlagen nicht sinnvoll, oft genug gar nicht möglich ist. Dabei bedeutet für alle Autoren Rückbezug heutigen Rechts auf die Geschichte seiner Verwurzelung im römischen Recht ». Su *Rechtsgeschichte* e *Rechtsvergleichung* – definite scienze gemelle (« Zwillingswissenschaften ») e legno della stessa radice (« Holz vom gleichen Stamm ») – Kötz (1992) 20 s. precisa che « alle rechtsgeschichtliche Forschung ein Operieren mit der vergleichenden Methode ist und daß umgekehrt Rechtsvergleichung, sofern sie mehr bieten will als bloße Bestandsaufnahmen, stets auch die historischen Bedingungen bedenken muß ». La comunanza di obiettivi è enfatizzata anche da Haase (2005) 233: « selbst wenn man... die Rechtswissenschaft nicht als reine Rechtsgeschichtswissenschaft begreift, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Rechtsvergleichung einem ganz ähnlichen Ziel dient: Während hier zwei Rechtsordnungen nach derzeitiger Rechtslage auf dem Prüfstand stehen, werden dort z.B. zwei verschiedene Jahrhunderte derselben Rechtsordnung miteinander in Beziehung gesetzt ».

occorre allora concentrarsi su quali siano le specificità legate alla comparazione nella dimensione diacronica.

Provo a procedere fissando qualche breve appunto di lavoro.

(i) Anzitutto, come ogni comparatista, anche il comparatista-storico muoverà dall'individuazione di almeno due modelli giuridici (quello del passato e quello del presente, salvo possibili varianti di comparazione *triangolare*)[8] dei quali intenda mettere a paragone i profili strutturali e funzionali. Certo, il comparatista-storico attinge dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che così si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavorare del *comparatista puro* (ma, soprattutto, ammesso che il *comparatista puro* oggi esista);[9] però, che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta in sé non determinabile a priori, la quale rientra pienamente nel margine di rischio di ogni ricerca comparatistica.

D'altra parte, sembra superfluo ricordare che l'idea stessa di comparazione non è esclusiva dei giuristi, ma costituisce – almeno se la si pensa come *modalità della conoscenza* – patrimonio assodato delle scienze sociali; vale forse la pena di rileggere Marc Bloch: comparazione è « selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti ».[10]

Quando si percorre la via della comparazione, sempre si deve accettare il rischio di un'assunzione errata degli elementi della comparazione.

8 Zimmermann (1991) 61 ss.

9 Naturalmente, un discorso proposto in termini così marcatamente semplificanti rimane un passo a monte tanto rispetto al tema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che, per esempio, nella linea di Gorla è essa stessa, in quanto tale, immersa nella storia: cfr. Lupoi [1994] v, 448 ss.). Ma oggi il discorso è radicalmente mutato nei suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recenti di una comparazione *sconfinata*, disorientata di fronte alle *porosità* del mondo contemporaneo, cfr. Viglione (2011) 162 ss.; Viglione (2012) 1 ss.; cfr., inoltre, Husa (2007).

10 Bloch (1997) 109 s.

Sotto questo primo profilo, non v'è dunque un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

(ii) Un'attenzione particolare merita invece la scelta della *direzionalità* da imprimere alla comparazione diacronica. Per meglio spiegarmi, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo *à rebour* lungo la storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, così mettendo in opera un lavoro di scavo archeologico che consenta di tratteggiare la linea genealogica di un'idea: ma, sempre, senza cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti, senza indulgere nella banale mitologia dell'*Ursprung*.

Genealogia delle idee, archeologia del sapere: il lessico che ho appena impiegato non è certo senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento i contributi che, pur elaborati in altri contesti, hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica così orientata; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce bagaglio imprescindibile per chi oggi intraprende un itinerario di comparazione diacronica.[11]

Se si tiene a mente quella prospettiva culturale e metodologica, si comprende che cadrebbe in errore chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche evoluzionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare facili traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa.

Senza dubbio, non è quest'ultima la comparazione diacronica alla quale sto pensando.

Nell'analisi del comparatista-storico sarà invece necessario lavorare *per sovrapposizione*, quasi come un geografo che mette in stratigrafia il modello giuridico del presente rispetto a quello del passato.

Per poter circoscrivere la comparazione a una polarizzazione tra modelli, ho detto poc'anzi di preferire una traiettoria che dal presente rimonti al passato.

In altra occasione, ho avuto modo di paragonare l'operazione conoscitiva cui penso a quella che si usa definire *retrodittiva* da parte dei fisici, quando questi si prefiggano di determinare la posizione e la quantità di moto di una

11 Cfr. Foucault (2004); Foucault (2009).

particella in via retrospettiva, da un momento x a un momento x-1, sulla base di un certo numero di elementi noti (e altri inevitabilmente resteranno ignoti, proprio come nell'analisi storico-giuridica).[12]

Si tratta, in fin dei conti, di accettare un modello conoscitivo consapevole dell'instabilità dei presupposti di partenza.[13]

Ma, anche qui, il discorso rischia di travalicare di molto i confini di questi pochi appunti.

(iii) V'è poi da dire che il lavoro del comparatista-storico andrà orientato all'approfondimento delle strutture sostanziali e processuali con precipua attenzione ai meccanismi tecnico-giuridici. Intendo dire che occorrerà sforzarsi di parlare – sia consentito dire: bettianamente, almeno in questo senso[14] – sempre *da giuristi a giuristi*, individuando un *problema giuridico* e trattandone le singole componenti in chiave di decostruzione critica e di proposta ricostruttiva.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare su antiche questioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla.[15]

(iv) Ancora un punto – esso pure in sé pacifico, o almeno così a me sembra – rimane da sottolineare.

In effetti, non è mai ribadito a sufficienza che la funzione unica della comparazione diacronica sia quella *epistemica*. Sarebbe del tutto incongruo attendersi di perseguire una funzione che – per contrapposizione – potremmo dire *euristica*.

In altri termini, nessuna velleità di *trovare la soluzione* può fondatamente trarre linfa nella storia giuridica, così assecondando l'antica retorica didascalico-ciceroniana dell'*historia* intesa come *magistra vitae*.

12 In dalla Massara (2013a) 182 ss., sviluppavo alcune considerazioni partendo da Heisenberg (1991) 128: « nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso ».

13 Sono considerazioni di contesto che inducono ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per *aree circoscritte*, come suggerito da Hintikka (1987) 9.

14 Cfr. Betti (1991a), come pure Betti (1991b) 393 ss., nonché Betti (1991c) 573 ss.; per una visione di sintesi del pensiero bettiano proprio sulla necessità che « il romanista dev'essere prima di tutto e sopra tutto giurista », cfr. Santucci (2016) 92 ss.

15 Più ampiamente, dalla Massara (2013a) 186 ss.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto romano che fosse condotto in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante retorica in base alla quale nel diritto romano si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la *giusta* regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire in un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi (condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico o dei diritti universali).

Anche su ciò appare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Come anticipato, vorrei tuttavia evitare di incorrere nell'errore – troppe volte ripetuto – di parlare in astratto di metodo, piuttosto che sperimentare una concreta applicazione del metodo di cui finora sono andato parlando.

È perciò che interrompo qui questi miei appunti di lavoro e vado invece subito a proporre un esempio di comparazione diacronica su un tema, quello polarizzabile tra abuso del diritto e dolo generale, del quale mi sono già occupato: però questa volta lo intenderò come specifico terreno di esercizio metodologico.

3. Un esempio di comparazione diacronica: abuso del diritto *vs.* dolo generale

In una recente occasione convegnistica, mi è stato chiesto di sviluppare una comparazione tra l'idea contemporanea di abuso del diritto e quella, propria del processo formulare romano classico, di dolo generale.[16]

Com'è noto, l'idea di dolo generale è direttamente ricavabile dall'*exceptio doli generalis seu praesentis* di cui forniscono limpida testimonianza le Istituzioni di Gaio (4.119).

Individuati gli elementi essenziali della comparazione, il tema sul quale svilupperò le mie riflessioni è dunque così compendiabile: quali continuità e quali discontinuità presenta l'idea dell'abuso rispetto all'antica figura del dolo generale?

16 Mi riferisco al convegno tenutosi a Brescia, per iniziativa di Giovanna Visintini, nei giorni 26–27 giugno 2015, su *Il divieto di abuso del diritto*, i cui atti sono poi confluiti in Visintini (2016).

Come detto testé, è opportuno orientare in senso – per così dire – antistorico la direzionalità cronologica del discorso, procedendo *per sovrapposizione* dalla moderna idea dell'abuso al dolo generale.

Se questa è la domanda che il comparatista-storico si pone, occorre fin da subito svolgere un paio di precisazioni essenziali rispetto alla specificità del tema.

La prima è utile a sgombrare il campo dalla tentazione di creare genealogie improprie.

In effetti, è da dire che l'antecedente immediato dell'odierna figura dell'abuso del diritto deve ravvisarsi nella teorica sostanzialista e fondamentalmente dominicale dell'*abus de droit* di matrice prettamente francese,[17] ossia in un modello concettuale piuttosto lontano dal perimetro di elaborazione romana del tema della buona fede; non v'è dubbio, poi, che su quella matrice francese, che nella nostra codificazione del 1942 trova un'espressione forte nelle parole dell'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi, abbia avuto modo di svilupparsi in Italia un autonomo e significativo ripensamento, in forza del quale furono recuperate istanze provenienti dalla cultura giuridica tedesca, nonché – specie per il tramite di questa – dalla tradizione romanistica, fino all'assai cospicua riprofilazione del tema realizzatasi con maggior intensità negli ultimi cinquant'anni.[18]

Va dunque ribadito che nell'analisi diacronica occorre stare alla larga da processi di facile identificazione.

Ciò detto, la seconda precisazione va nel senso che nell'eccezione di dolo generale è il termine di comparazione che, proprio nella prospettiva diacronica, può condurre a una più esatta comprensione della moderna figura

17 Cfr. Josserand (1905); Ripert (1925) secondo un'intuizione che trovò poi recepimento giurisprudenziale, per esempio, in: Chambre Reg. 3 agosto 1915, citata in: Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Paris, 1984, 254; sulla tradizione francese dell'abuso di diritto, Durry (1972) 395.

18 Senza pretesa di esaustività, cfr. Natoli (1958) 18 ss.; Romano (1958) 168 ss.; decisivo il punto di svolta segnato da Rescigno (1965) 205 ss.; quindi Patti (1978) 111 ss.; Patti (1987) 1 ss.; Patti (1999) 17 ss.; Messinetti (1998) 1 ss.; Salvi (1988) 1 ss.; Gambaro (1988) 1 ss.; Levi (1993); Sacco (2001) 281 ss., in specie 309 ss.; Viaro (2006) 1 ss.; Restivo (2007); Barcellona (2014) 467 ss.

dell'abuso del diritto; e vale naturalmente il percorso reciproco, dall'abuso del diritto all'eccezione di dolo generale.[19]

Com'è noto, il diritto romano ricava dal principio di *bona fides* un'infinita varietà di soluzioni,[20] molte delle quali in collegamento con l'idea di dolo generale.[21] Ciò dipende dal fatto che, essendo la relazione tra *bona fides* e dolo generale di esatta antitesi, nella misura in cui una condotta appaia connotata da dolo, essa impone ai giuristi romani uno sforzo teso a far prevalere il principio di buona fede attraverso una sottile analisi del caso di specie.[22]

L'eccezione di dolo rappresenta quindi il più significativo veicolo tecnico-giuridico del principio romano della *bona fides*; l'idea del dolo generale si presta a fungere da utile specola dei problemi legati al moderno abuso del diritto.

Con riguardo all'eccezione di dolo, ai fini di un discorso che si vuol condurre in chiave di comparazione diacronica (e dunque prescindendo da un'infinità di aspetti storici in sé rilevanti), soggiungo ancora soltanto quanto segue.

(i) L'eccezione di dolo costituisce uno strumento *pretorio* per intero appartenente al processo civile romano e, più esattamente, essa rispecchia le complesse forme di funzionamento del giudizio *per formulas*, nel quale alla pretesa dell'attore condensata nell'*intentio* può contrapporsi il mezzo di difesa del convenuto che prende il nome di *exceptio*, del quale peraltro si dà necessità solo quando sia opposto un fatto giuridicamente rilevante in grado di impedire, modificare o escludere la fondatezza della pretesa attorea.[23]

19 Cfr. Labruna (2006) 127 ss.; Elsener (2004); Buzzacchi (2002). Soprattutto, i differenti possibili campi applicativi dell'eccezione di dolo generale sono esplorati in Garofalo (2006a) ove Viaro (2006) loc. cit.; di recente, in argomento, Piraino (2015) 343 ss.

20 Per una prima ricognizione sulla buona fede romana, Ranieri (2012) 790 ss.; inoltre Cardilli (2004); Cardilli (2002) 123 ss.; Schermaier (2000) 87 ss.; Grosso (1959) 661 ss. Muovendo dal diritto romano, attraverso le sue diramazioni diacroniche, cfr. i quattro volumi a cura di Garofalo (2003).

21 In argomento, Garofalo (2006b).

22 In questo senso soprattutto Brutti (1973); in precedenza, Brutti (1968) 261 ss. In particolare sulla connessione tra l'eccezione di dolo e le strutture del processo formulare, Cannata (2003) 269 ss.

23 Burdese (1960) 1073 ss.; v. anche dalla Massara (in corso di pubblicazione – a). Sulle origini dello strumento, Burdese (2006) 104 s.; Fiori (2006) 49 ss.

(ii) Oggetto di ampio e lungo dibattito entro la romanistica (che ne ha messo in dubbio finanche la fondatezza),[24] la distinzione tra dolo speciale o passato, per un verso, e dolo generale o presente, per altro verso,[25] si evidenzia efficacemente già nella scelta dei tempi verbali utilizzati nella formulazione giulianea dell'*exceptio doli* riportataci da Gaio (4.119: *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), rispetto alla quale il dolo presente o generale si contraddistingue per il fatto di riferirsi al momento della *litis contestatio*, ossia alla fase di precisazione della pretesa e di preclusione processuale.[26] Ciò che più preme sottolineare in proposito è che il dolo generale o presente, per come emerge dalle fonti,[27] rappresenta una figura che assume rilievo *nella cornice del processo*.[28]

(iii) Tanto per il caso del dolo passato o speciale quanto per quello del dolo presente o generale, si dà la necessità per il convenuto di esprimere le proprie difese attraverso un'eccezione, con cui sia accertato quel particolare *fatto giuridico* consistente nel realizzarsi del dolo. La presenza di quest'ultimo – che si atteggia a *fatto antigiuridico* rilevante[29] – apre la via all'applicabilità di una controregola, la quale giustifica una decisione di reiezione della domanda attorea. Se non fosse opposta l'eccezione (a meno che ci si trovi in un giudizio di buona fede), non sarebbe viceversa sufficiente per il convenuto affidarsi all'istruzione probatoria che si sviluppa nella fase *apud iudicem* allo scopo di contrastare la pretesa attorea. In altri termini, senza la richiesta di uno specifico accertamento del dolo a mezzo dell'eccezione concessa dal pretore, la domanda risulterebbe *iure civili* fondata.

Com'è noto, assai lunga e controversa è la storia delle idee di cui si è via via arricchita la vicenda dell'eccezione di dolo entro l'arco della tradizione

24 Cfr. Brutti (1973) I, 166 ss. e note 85 e 87.

25 La formulazione edittale dell'*exceptio doli* è ricavabile da Gai. 4.119. Cfr. Lenel (1927) 512 e Mantovani (1999) 99.

26 Brutti (1973) I, 171 s.

27 Di *dolus praesens*, in contrapposizione al *dolus praeteritus*, si parla in D. 44.4.4.18 (Ulp. 76 *ad ed.*). V. inoltre D. 44.4.2.3–5 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

28 Mitteis (1908) 318 ss.; Carcaterra (1970); Kaser (1971) 488 e nota 38; Kaser, Hackl (1966) 54; Brutti (1973) I, 166 ss. e 191 ss., e II, 624 ss.; Mac Cormack (1985) 1 ss., 20 ss.; Mac Cormack (1993) 83 ss., in specie 127 ss.; tra i vari contributi in Garofalo (2003), Cannata (2003) 257 ss. e Talamanca (2003) 33 ss. e 289 ss.; Schermaier (2000) 63 ss., in specie 86 s. V. poi nell'insieme Garofalo (2006b), entro cui Burdese (2006) 93 ss. e Labruna (2006) 123 ss.

29 In prospettiva di comparazione, Martens (2012) 730 ss.

romanistica: si tratta di una storia che è stata raccontata a più voci, per vero non sempre assonanti;[30] tuttavia, per quanto detto sopra, procederò direttamente a una comparazione che prenda a riferimento, al capo opposto della polarizzazione diacronica, l'abuso del diritto, e ciò farò riferendomi alle coordinate legislative, dottrinali e giurisprudenziali italiane.

4. La cornice di riferimento della comparazione con riguardo all'oggi

È anzitutto opportuno ricordare che l'eccezione di dolo speciale o passato può ritenersi figura tuttora vigente e addirittura tipizzata entro il nostro codice civile, allorché si abbia riguardo all'art. 1442, ultimo comma, c.c. Infatti, per la via indiretta della statuizione di imprescrittibilità dell'eccezione – a fronte della prescrittibilità in cinque anni dell'azione di annullamento – è riconosciuta la vigenza anche dell'eccezione con cui sia fatto valere il vizio consistente nei raggiri di cui all'art. 1439 c.c.; il dolo inteso come vizio della volontà, che conduce all'annullamento del negozio giuridico,[31] fonda pertanto un'eccezione – di dolo passato o speciale – che rimane sempre opponibile.

Ma evidentemente non è questa la figura di dolo da porre a confronto, nella polarizzazione diacronica, con quella dell'abuso del diritto.

Per identificare il corretto termine di comparazione rispetto all'abuso del diritto, occorre invece guardare all'articolazione dell'eccezione di dolo che si orienta al presente.

È necessario dunque tenere conto di una difesa da intendersi fondata sull'« esistenza di una qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario alla *bona fides* l'insistere dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio ».[32]

Qui, però, le cose sono ben differenti sotto vari punti di vista giacché, mancando nel nostro sistema una corrispondente base testuale, si pone il tema del riconoscimento dell'eccezione di dolo generale, nonché dell'identificazione dei suoi presupposti di operatività.[33] Né potrebbe trarsi argomen-

30 Nella prospettiva europea, Ranieri (1991) 311 ss.; Ranieri (1998) 1055 ss.

31 Cfr. Trabucchi (2015) 130.

32 Così Burdese (1960) 1074.

33 Per limitarsi ai riferimenti essenziali: Carraro (1949) 782 ss.; Pellizzi (1960) 1074 ss.; Torrente (1965) 218; Portale (1982) I, 407 ss.; Nanni (1988); Ranieri (1991) loc. cit.;

to sufficiente a fondare la vigenza dell'eccezione di dolo dal tenore testuale dell'art. 1460, comma 2, c.c., ove è delineata nella sostanza una *replicatio doli*.[34]

Com'è noto, dopo una lunga stagione di diffidenza nei confronti dell'eccezione di dolo generale,[35] il dibattito dapprima dottrinale e poi giurisprudenziale ha concentrato un'assai forte attenzione su tale eccezione, fino a raggiungere alcuni punti fermi in tema di riconoscibilità, contorni ed efficacia.[36]

Per sintetizzare il quadro (a rischio di qualche semplificazione), si può ritenere che due essenzialmente si siano rivelati i principali canali di penetrazione dell'eccezione di dolo generale entro il sistema italiano.

Per un verso, l'eccezione di dolo generale fu introiettata per la via del recepimento nel contesto di discipline contrattuali progressivamente tipizzate a livello giurisprudenziale. Paradigmatico, in questo senso, è il caso del contratto autonomo di garanzia, il quale venne recepito dalle nostre corti per derivazione diretta dalla prassi internazionale;[37] e così il contratto autonomo di garanzia fu riconosciuto quale figura contrattuale atipica meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c., proprio e fin da subito con inclusione dell'eccezione di dolo generale in quanto segmento costitutivo e imprescindibile del regime di quello specifico contratto.[38]

In altri termini, l'eccezione di dolo generale appare, in rapporto al contratto autonomo di garanzia, quasi decontestualizzata rispetto alla cornice (processuale) d'origine, per essere invece riplasmata all'interno di una disciplina (sostanziale) specifica.

Per altro verso, e senza dubbio con maggiori difficoltà, l'eccezione di dolo generale cominciò a essere riconosciuta in quanto tale.

Ranieri (1998) loc. cit.; Garofalo (1996) I, 629 ss.; Dolmetta (1998) 147 ss., anche in Dolmetta (1997) 1 ss. Più recentemente, Uda (2004) 399 ss.; Meruzzi (2005) 452 ss.; Piraino (2015) 431 ss.

34 Cfr. Cattaneo (1971) 638.

35 Cfr. Pellizzi (1960) 1075, ma cfr. già von Jhering (1954) 32.

36 Per un punto di riferimento in tema di eccezione di dolo, Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, su cui v. dalla Massara (2008a) II, 228.

37 Su tale figura contrattuale, di recente, Bertolini (2010) II, 435 ss.; Navarretta (2012) 553 ss.; Frigeni (2013) 565 ss.; Tartaglia (2013) 967 ss.

38 Su questo percorso, Garofalo (1996) I, 629 ss.

In questo senso, l'onda del dibattito dottrinale cui facevo cenno dianzi sospinse dapprima le corti di merito, e poi anche la Cassazione, a dare accoglimento in via generalizzata a uno strumento le cui potenzialità sono pressoché infinite, al di là di ogni specifico collegamento con un individuato regime contrattuale.

Nella misura in cui l'eccezione di dolo generale fu accolta in sé, essa venne a rappresentare uno strumento strategicamente collocato al centro del terreno delle obbligazioni e dei contratti, ove esso trova una leva robusta nelle clausole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.;[39] ma la sua capacità espansiva investe in potenza tutti i settori dell'ordinamento, inclusi quindi i diritti reali e le successioni. Semmai, a tal riguardo, la difficoltà di un censimento dei casi di concreto impiego dell'eccezione di dolo generale, quale mezzo disancorato rispetto a qualsivoglia regime contrattuale, è rappresentata da un certo qual disallineamento tra nomi e cose: intendo dire che talora viene riconosciuto lo strumento, ma non lo si chiama con quel nome per una sorta di ritrosia da parte della giurisprudenza a qualificare l'eccezione di dolo come tale.[40]

Tuttavia non v'è dubbio che numerose siano ormai le decisioni che hanno aperto le porte all'eccezione di dolo generale quale mezzo di sanzionamento all'interno del processo, realizzando così una larga saldatura del dibattito intorno alla sua reviviscenza rispetto all'altra figura posta qui in comparazione, ossia l'abuso del diritto.[41]

5. La mappatura semantica del "dolo": sua natura delittuale

Ribadita la collocazione *processuale* dell'antica *exceptio doli generalis*, appare ora opportuno offrire, nel gioco della comparazione diacronica, una sintesi delle polarità di significato della nozione di dolo quali emergono dall'esperienza giuridica romana.

39 Questa la prospettiva aperta soprattutto da Natoli (1961) 169 ss.; Natoli (1974), 27 ss.; Natoli (1975) 170 ss.; v. anche Bigliazzi Geri (1988) 154 ss., in specie 183 ss.; in prospettiva simile Di Majo (1988) 284 ss.; D'Angelo (1988) 1 ss.; D'Angelo (1990) 702 ss.; Piraino (2015) 12 ss.

40 Si rinvia nuovamente a Cass. 7 marzo 2007, n. 5273.

41 Indicative di questa tendenza sincretistica le pagine, scritte più di quarant'anni fa, da Cattaneo (1971) 613 ss.; sul punto, Piraino (2015) 343 ss., in specie 379, nota 152.

Le prime due polarità semantiche di cui si è detto sono legate all'esperibilità di un'eccezione con cui si faccia valere l'esistenza di artifizi o raggiri collocabili al momento della conclusione del negozio che costituisce anche il titolo della pretesa attorea (dolo passato o speciale), oppure con cui si opponga la violazione di una regola di correttezza e buona fede manifestatasi nel momento del processo, precisamente al tempo della *litis contestatio* (dolo presente o generale).[42]

Accanto a queste due, è da rinvenirsi già nella terminologia delle fonti romane una nozione di dolo riferibile allo stato soggettivo che connota al suo più alto grado la responsabilità: dolo, dunque, da intendersi come volontarietà dell'evento lesivo.[43]

In questa estrema sintesi delle aree semantiche della nozione di dolo, due di esse sono collegate all'opponibilità dell'eccezione, nella sua declinazione presente (ovvero generale) o passata (ovvero speciale).

Ciascuna polarità, poi, presenta evidenti nessi e correlazioni con le altre e tuttavia è anche chiara la caratterizzazione di ognuna di esse.

Si coglie l'attenzione della giurisprudenza romana ad assicurare un presidio forte alla correttezza e alla buona fede, sotto vari aspetti; e però sempre si registra la necessità che ciascuna situazione nella quale sia potenzialmente rilevante una violazione della regola di buona fede e correttezza venga resa oggetto di un processo di precisa tecnicizzazione.[44]

Naturalmente non potrebbe sfuggire che la nozione più ampia e tendenzialmente assorbente rispetto alle altre è quella di dolo generale, in relazione alla quale si condensa una violazione della correttezza e della buona fede che per definizione è atipica.

Con riguardo all'idea del dolo generale non è affatto necessario che siano posti in essere raggiri o macchinazioni; né occorre che sussista una caratterizzazione soggettiva nel senso dell'intenzionalità dell'evento lesivo.[45]

Il primo esito della comparazione diacronica è da vedersi pertanto nella constatazione che, per la sua latitudine, non meno che per la sua atipicità, la nozione larga del dolo romano evidenzia alcuni generalissimi tratti di continuità rispetto alla moderna idea dell'abuso del diritto. Tuttavia fin qui si

42 Brutti (1973) II, 625 ss.
43 Casavola (1960) 148 e Luzzatto (1964) 712 s.
44 Cannata (2003) loc. cit.; Schermaier (2000) 87.
45 Zimmermann (1996) 667 ss.

tratterebbe di una mera constatazione morfologica, di valenza sostanzialmente descrittiva, rispetto alla quale occorre procedere ad analizzare la questione, costruttivamente più interessante, che si pone allorché ci si chieda se anche in relazione al comportamento abusivo ricorra il carattere, tipicamente proprio del dolo romano, rappresentato dalla sua *natura delittuale*.

Prima di procedere nell'esame diacronico, occorre mettere meglio a fuoco i profili propriamente delittuali della figura del dolo generale nel diritto romano classico.

Come detto, è il diritto pretorio a creare la figura del dolo generale: e ciò avviene proprio in quanto si tratta di *fatto antigiuridico* rilevante *all'interno del processo*.[46]

Se il dolo generale rappresenta dunque un delitto, esso più precisamente è integrato da quell'illecito pretorio che si consuma nel momento in cui il soggetto agisca in giudizio contro buona fede e correttezza.

Va detto che già nella riflessione della giurisprudenza romana il dolo negoziale, corrispondente alla nozione di dolo passato o speciale, contiene in sé soltanto *in nuce* gli elementi che nello sviluppo della tradizione romanistica diedero luogo – però in esito a una faticosa e contrastata elaborazione – alle figure oggi distinte del dolo determinante, che produce effetti caducatori, e del dolo incidente, il quale invece comporta effetti soltanto risarcitori.[47] Dal dolo muove quindi una ramificazione concettuale di straordinaria ricchezza e vitalità, su cui non mi soffermerò, giacché l'attenzione deve rimanere concentrata specificamente sul dolo generale, ossia sull'ipotesi in cui a ricevere sanzione sia un qualunque comportamento contro buona fede e correttezza il quale possa dirsi verificato al momento della *litis contestatio*.

Piuttosto, merita qui precisare che il progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza romana della nozione di dolo quale *autonoma figura delittuale*, rilevante sul piano del *diritto pretorio*, condusse all'introduzione nell'editto magistratuale, in un tempo plausibilmente non lontano da quello in cui fu riconosciuta l'eccezione di dolo, della corrispondente azione di dolo.[48] Riconosciuta l'azione, il dolo venne pienamente ad assumere tutti i profili di un autonomo tipo delittuale: si costituisce infatti la concatena-

46 Brutti (1973) I, 11 ss.

47 Zimmermann (1996) 670 ss.

48 Per il tenore della clausola edittale dell'*actio doli*, v. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*).

zione tra delitto, obbligazione che ne nasce e azione corrispondente; appare così edificata la corrispondenza biunivoca tra *obligatio* e *actio*.

Quella collegata all'*actio doli* è una vicenda assai nota e studiata in seno alla romanistica, e anche su questa non intendo qui soffermarmi.[49]

Sul fronte dell'azione, rimane confermata la valenza delittuale, larga e atipica, della nozione di dolo generale: in questa intrinseca ed essenziale atipicità delle situazioni sussumibili entro la nozione di dolo generale si rinviene quel tratto morfologico di continuità, tra l'antica figura e la moderna, cui si è fin da subito fatto riferimento.

Per comprendere appieno il rilievo che assume, a livello sistematico, il riconoscimento del delitto di dolo, occorre peraltro tenere presente che la nozione di dolo si prospetta come macro-categoria sanzionatoria, la quale si affianca a un sistema di tipicità dei delitti ritenuti rilevanti sul piano del diritto civile (nella tradizione modellata su Gaio: furto, rapina, *iniuria*, *damnum iniuria datum*).

6. I modelli del dolo generale e dell'abuso di diritto nella cornice del sistema italiano contemporaneo

Si è detto dianzi che l'antecedente diretto della figura dell'abuso del diritto è da ravvisarsi nella teorica dell'*abus de droit*, la quale trova il suo luogo di elaborazione nell'esperienza giurisprudenziale francese. Nondimeno è innegabile che questo filone concettuale di matrice francese, sostanzialista e dominicale, si sia in larga parte intrecciato con l'elaborazione dottrinale tedesca che fin già alla metà dell'Ottocento aveva raccolto l'eredità più autentica del pensiero dei *prudentes* anche con attenzione al tema della buona fede.

Proprio in forza di un innesto del contributo concettuale romano, per il medio della sua ridefinizione pandettistica, fu segnato il percorso che conduce fino alle moderne teorie sull'abuso.

V'è quindi una fase storica nella quale si riannodano i fili che collegano la moderna elaborazione dell'abuso del diritto alla concettualizzazione romano-classica del dolo generale.

49 Colacino (1960) 259 s.; Luzzatto (1964) 712 s.; Casavola (1960) 148; Albanese (1961) 253 ss.; Brutti (1973) I, 135 s.; Wacke (1977) 10 ss.; Fercia (2004) 421 ss.; Cursi (2008); Lambrini (2010); Lambrini (2013); inoltre, dalla Massara (in corso di pubblicazione – b).

Rappresentazione quasi plastica del saldarsi delle due linee culturali – a questo punto si può dire breviloquentemente, l'una di matrice francese e l'altra di origine tedesca – si coglie nell'art. 74 del « Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia », ove, al comma 2, dopo un primo comma nel quale era contenuta la formula aquiliana del vecchio art. 1151, si precisava che « è ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto fu riconosciuto ».

Ecco dunque confluita in una stessa disposizione l'idea sostanzialista del *détournement*, della *chicane* non consentita (di *chicane* poi si parlerà anche nella letteratura tedesca), per un verso, e la tradizione antica della buona fede e correttezza di impronta processuale, recante in sé ancora un chiaro conio romano, per altro verso.

Quindi, nel dibattito dottrinale italiano degli ultimi cinquant'anni si trova un'ampia sovrapposizione concettuale tra l'abuso del diritto e il dolo generale;[50] eppure, tutte le comprensibili contaminazioni non arrivano a offuscare l'evidente disomogeneità che si riscontra non appena si confronti in essenza per un verso il dolo generale, rilevante nel processo e allocato in maniera più forte proprio nell'ambito dei rapporti di credito, e per altro verso l'abuso del diritto, concepito come un trasmodare rispetto all'esercizio di un diritto paradigmaticamente da intendersi come *in rem* ed *erga omnes*.

A preparare i presupposti per una siffatta, vasta, fascia di sovrapposizione fu il processo giurisprudenziale di concretizzazione – nel senso originario di *Präzisierung*[51] – del principio di buona fede e correttezza nei termini più esatti dell'operatività dell'eccezione di dolo generale, quale si realizzò nel torno di tempo che va dall'entrata in vigore del BGB ai primi decenni del Novecento. Nell'elaborazione del *Reichsgericht* fu, a ben vedere, superato lo stesso tenore letterale del § 226 BGB, contenente un espresso *Schikaneverbot* e quindi disposizione in sé deputata a raccogliere il dibattito intorno all'abuso del diritto, giacché venne affidato in via nettamente prevalente al § 242 BGB, il *königlicher Paragraph*, il compito di veicolare decisioni nelle

50 Cfr. per esempio Pellizzi (1960) loc. cit.; non dissimile, da questo punto di vista, l'impostazione di Portale (1982) 415 ss.

51 Ricavo l'espressione da Wieacker (1988) 43 ss.

quali le forme di abuso trovassero sanzione a mezzo dell'eccezione di dolo generale.[52]

In Italia, la riscoperta del dolo generale – quale idea fondativa di un ampio recupero sul piano processuale delle esigenze di buona fede e correttezza proclamate con riguardo a obbligazioni e contratti – dipende in primo luogo da un intenso lavorio dottrinale di impronta antiformalista.[53]

In questo senso, come più ampiamente in direzione di una valorizzazione delle clausole generali, un rilievo ebbe sicuramente l'accentuarsi della sensibilità del diritto privato nei confronti del dettato costituzionale, con attenzione non solo rivolta all'imperativo solidaristico di cui all'art. 2, ma anche negli ultimi anni dedicata all'art. 111 sul giusto processo.[54]

È questa una storia assai lunga, rispetto alla quale basti qui osservare che oggi l'eccezione di dolo generale appare strumento pressoché irrinunciabile, dotato di piena cittadinanza nel patrimonio concettuale della nostra giurisprudenza.

Conferma di ciò si riceve allorché si sperimenti la comparazione diacronica sul terreno del dolo che venga opposto al creditore il quale compia deliberatamente la scelta di agire per la tutela del proprio diritto non già con una sola azione e per l'intero, bensì segmentando il credito in una molteplicità di procedimenti, normalmente allo scopo di adire la competenza del giudice di pace in luogo di quella del tribunale.

La fattispecie è nota oggi con il nome di domanda frazionata.

Le molte questioni coinvolte sono fin troppo conosciute per essere qui riproposte: conviene invece guardare fin da subito alla sentenza che tuttora detta la regola del caso, e mi riferisco così alla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 2007, n. 23726, con cui fu deciso di sanzionare una siffatta forma di abuso rigettando in tronco la domanda frazionata.[55]

52 A ridosso dell'entrata in vigore del BGB, Wendt (1906) 1. Su ciò, Luig (2003) 417 ss.; Ranieri (1972a) 158 ss.; Ranieri (1972b) 1216 ss.; Haferkamp (2000) 1 ss.; Procchi (2006) 77 ss., con ampia bibliografia alla nota 4.

53 Cfr., per tutti, Rescigno (1998) 205 ss.

54 De Cristofaro (2008) 336.

55 Quella sentenza si può leggere in: Rivista di diritto civile, 2008, II, 335 ss., con commento di De Cristofaro (2008) e di dalla Massara (2008b) II, in: Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, I, 458 ss., con nota di Finessi, La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite; in: Foro italiano, 2008, I, 1514 ss., con nota di Palmieri-Pardolesi, Frazionamento del credito e buona fede inflessibile, e di Capponi,

Si tratta di una pronuncia che manifesta una nuova attenzione per i valori che, nella lente del processo civile romano, avrebbero trovato scudo nell'eccezione di dolo generale (sebbene la superficie delle parole usate dai Supremi Giudici non lasci affiorare il riferimento diretto all'*exceptio doli*).

Ebbene, la più profonda esigenza di ricorrere alla comparazione diacronica si avverte ora allorché si tratti di comprendere se il comportamento giuridicamente sanzionabile in chiave di abuso (consistente, come detto, nel frazionamento della domanda) rilevi *sul piano degli interessi e delle regole di diritto processuale* ovvero arrivi ad attingere *interessi e regole di diritto sostanziale*.

La questione è stata oggetto di specifico scrutinio da parte della Terza Sezione della Suprema Corte in una recentissima sentenza del gennaio 2017:[56] tale questione assume significato sotto molteplici profili, però – come presto si vedrà – ciò che qui preme rilevare è che il raffronto con l'eccezione di dolo generale accresce la capacità di comprendere i problemi e di articolare possibili percorsi di risposta.

7. I problemi ricostruttivi posti dal frazionamento della domanda sotto le lente della comparazione diacronica

La reviviscenza dell'*exceptio doli generalis* nella cornice contemporanea muove da presupposti significativamente ridelineati rispetto al processo civile romano: a tacer d'altro, è da considerare che la generalizzazione della regola di buona fede all'intera area delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175 e 1375 c.c.), il superamento della strutturazione dualistica tra apparati di norme (diritto civile *vs*. diritto onorario), nonché in generale l'abbandono della prospettiva processuale del diritto (c.d. *aktionenrechtliches Denken*) impongono la configurazione dell'eccezione in termini nuovi.

Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?; in: Corriere giuridico, 2008, 745 ss., con commento di Rescigno, L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite).

56 Il punto di osservazione specificamente assunto da Cass. 17 gennaio 2017, n. 929, è rappresentato dall'applicabilità o meno dei principi affermati dalla Suprema Corte in ragione del fatto che soltanto in presenza di *overruling* in materia processuale « gli effetti preclusivi determinati dalla nuova interpretazione della norma processuale non potevano andare a detrimento della parte che aveva fatto incolpevole affidamento sul precedente indirizzo interpretativo al momento in cui aveva iniziato il giudizio ».

Un'indagine schietta in prospettiva di comparazione consente di comprendere quali itinerari siano percorribili per fondare un'argomentazione nel senso che la violazione realizzatasi con il frazionamento della domanda rilevi *sul piano degli interessi e delle regole di diritto sostanziale* ovvero *su quello degli interessi di diritto processuale*, nonché per immaginare come possa costruirsi in concreto il funzionamento dell'eccezione di dolo generale nel nostro processo.

In effetti, superate (almeno in larga parte) le storiche difficoltà incontrate da dottrina e giurisprudenza nel rinvenire un fondamento normativo per l'eccezione di dolo negli artt. 1175 e 1375 c.c.,[57] l'attenzione merita oggi di volgersi al profilo rimediale-operativo.[58] E occorre quindi chiedersi: quando e per iniziativa di chi è opponibile una difesa basata sulla violazione dei principi di buona fede e correttezza? Quali effetti processuali scaturiscono dall'accoglimento in sentenza di una simile obiezione? Ancora, per meglio concretizzare: l'obiezione fondata sulla violazione di buona fede e correttezza integra davvero un'eccezione o costituisce una mera difesa? Si tratta di un'eccezione in senso proprio o improprio? Infine, si tratterebbe di un'eccezione di quale natura, di merito oppure di rito?

È in questa prospettiva operativa che ritengo possa esprimere la sua massima utilità la comparazione diacronica.

La già citata decisione a Sezioni Unite del 2007, n. 23726 (intervenuta sul tema del frazionamento sette anni dopo una pronuncia a Sezioni Unite di segno opposto)[59] introdusse – come detto – l'idea che sia meritevole di reiezione una domanda la quale, sebbene *in thesi* incontestabile quanto al suo titolo, manifesti un abuso nella scelta dell'agire ovvero della modalità

57 Sulla riconducibilità dell'eccezione di dolo al fondamento degli artt. 1175 e 1375 c.c., dalla Massara (2003) 429 ss., in specie 432 ss. Peraltro, oggi appare anacronistico un fondamento normativo soltanto nazionale: sul punto, Alpa (2015) 245 ss.

58 Il profilo è preso in esame da Mannino (2006a) 1283 ss.; inoltre Mannino (2006b) 171 ss., il quale si colloca nella prospettiva di Di Majo (2005) 341 ss.; da ultimo, v. la raccolta di saggi pubblicata a cura di Garofalo (2015b).

59 Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, con cui si annullava Conc. Napoli 15 maggio 1995, in: Corriere giuridico, 2000, 1618 ss., con nota di dalla Massara, Tra res iudicata e bona fides: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria.

dell'agire stesso.[60] Più esattamente, quella decisione argomentava in maniera molto ampia sulla base del valore costituzionale di cui all'art. 2, come pure dei principi di buona fede e correttezza, nonché ancora richiamandosi all'economia processuale, per giungere all'esito che il frazionamento della domanda per la tutela di un credito in sé unitario integri una non ammissibile forma di abuso.

In prima battuta credo si debba osservare che, una volta accolto quest'impianto concettuale, colui che muova un'obiezione di scorrettezza avverso il creditore il quale abbia frazionato artatamente la domanda stia sollevando proprio un'eccezione di dolo generale.

Al di là di possibili equivoci nominalistici, il debitore sta infatti opponendo che un comportamento genericamente *contra bonam fidem* si è consumato *nella cornice del processo*; come detto, sarebbe *in thesi* non eccepibile alcunché sul piano della validità del negozio giuridico, mentre l'unica obiezione sollevabile da parte del debitore-convenuto è esattamente sul piano del dolo generale.

Se così è, allora le ulteriori questioni in ordine alla ricostruzione concettuale e sistematica del rimedio sono le seguenti: in primo luogo, se la difesa che contiene un'obiezione di tal genere – nella sostanza, al di là dell'etichetta, *exceptio doli generalis* – corrisponda a un'eccezione propria o impropria. Si tratterebbe di un'eccezione in senso stretto, paragonabile quanto al suo regime a un'eccezione con la quale si faccia valere l'annullabilità del contratto,[61] oppure saremmo a cospetto di un'eccezione rilevabile d'ufficio?

Intrecciata con queste domande è un'altra questione di lettura complessiva della fattispecie: la difesa con cui il debitore opponga al creditore la scorrettezza consistente nel non agire per l'intero bensì soltanto per *tranches* è sollevabile già in relazione alla domanda avanzata per la prima porzione di credito oppure soltanto a fronte dalla domanda per la seconda frazione?

La questione appare nient'affatto banale perché, in effetti, la maliziosa disarticolazione dell'agire di cui il debitore convenuto può lamentare l'abusività si manifesta con assoluta certezza soltanto in seguito alla proposizione della seconda domanda, giacché la mera proposizione di una domanda per il

60 Alle molte questioni collegate al frazionamento della domanda sono dedicati i lavori monografici di Fondrieschi (2005) e di Finessi (2007) nonché poi di Asprella (2015); per un recente stato dell'arte, Cariglia (2016) 371 ss.

61 Su ciò, Viaro (2006) 74; inoltre, Impallomeni (1996) 656 ss.

minus evidenzia di per sé soltanto in termini di possibilità una violazione delle regole di correttezza e buona fede e, anzi, una domanda per il *minus* potrebbe corrispondere addirittura all'interesse del convenuto-debitore a una dilazione di pagamento (o magari in un'ipotesi ancora preferibile per il debitore, la domanda per una frazione potrebbe lasciar immaginare una remissione parziale del debito).

Orbene, in ordine all'eccezione che sia sollevata dal debitore-convenuto contro la domanda per una porzione del debito, il problema che mi pare da affrontare per primo – al fine di sciogliere anche le altre questioni – è il seguente: se l'eccezione debba ritenersi di merito oppure di rito.

Stando al ragionamento svolto dalla Suprema Corte nella sentenza del 2007, nonché pure (e forse in modo più chiaro) da altre decisioni successive,[62] si ricava che dovrebbe essere rigettata già la prima domanda per il *minus*, poiché essa manifesterebbe in maniera sufficientemente chiara la maliziosità della condotta attorea.

Ciò orienta verso una ricostruzione della vicenda che – se si vuol che assuma profili di coerenza – dovrebbe presentarsi nei termini seguenti: l'abusività della condotta tenuta da parte dell'attore il quale segmenti il proprio credito decidendo di agire in più *tranches*, anziché in una sola volta, integrerebbe gli estremi del dolo; e resta confermato che sarebbe da intendersi proprio ed esattamente come un *dolo romanisticamente inteso*, ossia come una *condotta di dolo generale o presente*. Quindi, se di vero e proprio *fatto illecito* si tratta, esso consisterebbe nel *fatto stesso di agire in modo scorretto*, ossia *contro il canone di buona fede*.

Ecco allora recuperata la circolarità del ragionamento: se l'abuso è da intendersi come dolo presente, in quanto condotta di *natura delittuale*, occorre pensare che la difesa del convenuto-debitore si traduca in un'*eccezione in senso proprio*, dunque *sollevabile su istanza di parte*.

Con tale eccezione si farebbe valere un vero e proprio *controdiritto* che rimane nella disponibilità del soggetto il quale ne sia titolare. Si tratta tecnicamente di *Einrede*, diritto potestativo esercitato dentro alle strutture del processo, per lo meno se si accolga l'impostazione chiovendiana del tema dell'eccezione.[63]

62 Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in: Obbligazioni e contratti, 2009, 813 ss., con nota di Veronese, L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto nel rito o nel merito?

63 Per un inquadramento, Pugliatti (1965) 173 ss.

In altri termini, il frazionamento della domanda integrerebbe una forma di *illecito* che si consuma *nel processo*, meritevole di trovare sanzione a mezzo di un'eccezione di dolo generale, da intendersi quale *eccezione propria*.

La conseguenza – non chiaramente espressa dalla Cassazione – di una siffatta impostazione è giocoforza ravvisabile nel fatto che la sentenza di rigetto scaturente dall'accoglimento di quell'eccezione deve ritenersi *di merito*, non di rito.

Si tratta di una conseguenza che, in modo un po' più chiaro, sembra di poter cogliere da una pronuncia in tema di frazionamento di un anno successiva rispetto a quella delle Sezioni Unite, nella quale si parla di *improponibilità* della domanda, così lasciandosi intendere nel corso del ragionamento sviluppato in motivazione che – pure al di là dell'espressione in sé non illuminante – debba giungersi a una decisione di rigetto *nel merito*.[64]

L'esito di ciò è rappresentato dal fatto che una decisione con cui la domanda sia rigettata in ragione della fondatezza dell'eccezione di dolo generale sarebbe destinata a realizzare *cosa giudicata materiale*.

Ebbene, esattamente sul profilo delle questioni sin qui tracciate è intervenuta la recentissima pronuncia della Terza Sezione della Suprema Corte cui si è poc'anzi fatto cenno: ivi si afferma che la violazione realizzata per effetto della scelta di frazionare la domanda, pur inserendosi senza dubbio nella cornice del processo, presenta un'incidenza che travalica il piano degli interessi e delle regole di *diritto processuale* e arriva a toccare interessi e regole di *diritto sostanziale*; e così, più precisamente, si dice che la maliziosa disarticolazione dell'azione arriva a impattare direttamente « sullo stesso interesse di diritto sostanziale (bene della vita) che si intende 'abusivamente' tutelare ».[65]

64 Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, cit., 813 ss. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2007 parlava invece di « inammissibilità »: espressione « in sé anodina », secondo De Cristofaro (2008) II, 335; una riclassificazione terminologica emerge da Cass. 17 gennaio 2017, n. 929, su cui si veda la nota che segue.

65 L'indagine della Suprema Corte del 17 gennaio 2017, n. 929, è orientata ad appurare la « natura *processuale* o *sostanziale* della regola giuridica oggetto del revirement » (*id est*, quello che, nel 2007, portò a ritenere abusivo il frazionamento della domanda); « nella specie occorre quindi accertare se la 'nuova' qualificazione della domanda giudiziale o meglio dell'esercizio dell'azione in giudizio, come condotta integrante un abuso del diritto ad agire (ovvero di abuso dei mezzi di tutela accordati dall'ordinamento), abbia ad *oggetto* l'*interesse sostanziale* sotteso alla tutela giurisdizionale o invece un effetto preclusivo interno allo stesso processo (analogo alla decadenza, preclusione, o altre sanzioni di tipo

Sulla base di queste premesse, la Cassazione opta dunque per una sentenza di *improponibilità*, espressiva dell'insussistenza dell'interesse sostanziale meritevole di tutela; la concatenazione logica diviene pertanto quella in base alla quale, ravvisata la violazione di una regola di natura sostanziale, se ne ricava l'attitudine della decisione a costituire *cosa giudicata materiale*.[66]

Si può cogliere – e nella prospettiva della comparazione diacronica sembra quasi di poterlo fare per logica conseguenza e simultaneamente – che il dolo del quale si sta parlando è quello che, pur realizzandosi *nella cornice del processo*, deve intendersi però come *delictum*, fatto giuridico che incide su interessi e regole di diritto sostanziale, cosicché arriva ad assumere un senso coerente il fatto che, qualora il creditore agisca per una frazione anziché per l'intero, la sua domanda debba ritenersi abusiva fin già per la prima *tranche*, subendo quindi una decisione di rigetto idonea a costituire decisione *di merito* e così a rimanere d'ostacolo per ogni successiva domanda, anche quella con cui si riproponga la pretesa a un credito riportato al suo naturale ammontare.

Come si può vedere, la comparazione diacronica non sospinge verso l'una o l'altra soluzione, bensì aiuta a comprendere la natura dei problemi.

8. Un differente percorso concettuale per attribuire rilievo all'abuso del diritto

Non manca una diversa strada che potrebbe guidare all'applicazione di una sanzione avverso la scorrettezza dell'attore frazionante, senza però giungere all'esito di una sentenza di rigetto nella quale si consolidi una decisione di merito.

processuale): in sostanza occorre accertare se l'abuso determini una *improponibilità* della domanda (per insussistenza di un interesse sostanziale meritevole di tutela) ovvero determini una *inammissibilità* della domanda (che la esistenza di detto interesse sostanziale invece presuppone, e che si risolve in una sanzione di inaccessibilità alla tutela in conseguenza della condotta o della omissione imputabile alla parte interessata) ».

66 Nella messa fuoco della Suprema Corte del gennaio 2017, l'*improponibilità* della domanda corrisponde alla « insussistenza di un interesse sostanziale meritevole di tutela », in contrapposizione all'*inammissibilità*, che « l'esistenza di detto interesse sostanziale invece presuppone, e che si risolve in una sanzione di inaccessibilità alla tutela in conseguenza della condotta o della omissione imputabile alla parte interessata ».

Potrebbe infatti accreditarsi l'idea secondo cui l'abusività della domanda si riveli idonea a incidere sul giudizio di sussistenza dell'*interesse ad agire*: e così, più esattamente, quando la domanda risulti abusiva, sarebbe da giudicarsi *non meritevole* l'interesse ad agire del creditore.[67]

A voler invertire i termini della questione, si potrebbe affermare che la *non abusività* venga a costituire un attributo coessenziale dell'interesse ad agire.[68]

La ricaduta operativa di un'impostazione siffatta sarebbe da ravvisarsi nel fatto che, trovando fondamento il rigetto della domanda frazionata nella mancanza dell'interesse ad agire, ossia – se così si vuol dire – in una delle c.d. condizioni di trattabilità e decisione della causa nel merito, allora la sentenza che a ciò desse rilievo risulterebbe essere *di rito*, non già *di merito*.

In questo modo, non scatterebbero le preclusioni collegate al formarsi del giudicato materiale.

Mutata la prospettiva, andrebbe ridefinito l'intero scenario dogmatico di riferimento: l'abuso corrisponderebbe a una mancanza di meritevolezza dell'interesse *ex* art. 100 c.p.c., che a questo punto dovrebbe ritenersi rilevabile *ope iudicis*.

Le conseguenze, assai più temperate per effetto del formarsi del *giudicato formale*, andrebbero a bilanciarsi con una maggiore incisività dei poteri del giudice: sarebbe infatti da rimettere a quest'ultimo la valutazione in ordine alla meritevolezza della domanda, assumendo così l'eccezione di dolo la foggia di un'*eccezione in senso lato*.

Con riguardo al caso del frazionamento della domanda qui preso a paradigma dell'abuso del diritto, risulterebbe rimessa all'autonoma valutazione del giudice la scelta attorea nel senso del frazionamento, come pure – più ampiamente – ogni ponderazione sulla bontà dei modi e dei tempi dell'agire, onde scrutinarne l'eventuale abusività.

Ci collocheremmo in questo caso in una prospettiva piuttosto lontana da quella propria del dolo inteso come *delictum* che si consuma nel processo, ma che arriva a rilevare sul piano delle regole sostanziali.

67 Questa la prospettiva di Ghirga (2004) 205 ss.; in critica, Marinelli (2005) 85 ss.; cfr. inoltre Consolo (2012) 1286 ss.

68 Trib. Torino 13 giugno 1983, in: Responsabilità civile e previdenza, 1983, 815, con nota di Gambaro.

Anche qui, la comparazione diacronica ha svolto la sua funzione nel generare un accrescimento della conoscenza degli strumenti messi in campo, cogliendo in modo più esatto le nervature del ragionamento che corre sotto superficie.

Non mi soffermerò sulle ragioni per le quali, a mio giudizio, la strada preferibile dovrebbe essere cercata in una direzione ulteriore e differente rispetto alle due fondamentali sin qui illustrate: si tratta di ragioni che ho già altrove esposto e che non presentano un legame diretto con le riflessioni comparatistiche che intendevo qui condurre.[69]

Provo invece a tirare le fila del discorso.

9. Qualche conclusione

Ho fin qui cercato di delineare le tappe fondamentali che segnano l'itinerario a ritroso che dalla moderna figura dell'abuso del diritto riporta al modello del dolo generale.

Va tenuto in conto che il progressivo allargamento dei confini dell'abuso ha indotto a ricondurre all'interno di quest'ultimo anche problemi in realtà piuttosto lontani dalla tradizionale area di rilievo dell'antica *exceptio doli generalis* (solo per esemplificare, si pensi alle condotte temerarie tenute in processo che fondano oggi la possibilità di una condanna a danni – nella sostanza – punitivi).

A fronte di uno scenario nel suo complesso assai difficile da decifrare, resta da chiedersi con quale significato tutte queste differenti figure avrebbero titolo per rientrare all'interno della nozione di abuso del diritto. V'è il rischio che si finisca per parlare di abuso soltanto per riferirsi a un labile denominatore nominalistico, impiegato per accomunare situazioni con caratterizzazioni e livelli di gravità della condotta assai variegati, nonché soprattutto da sottoporsi a discipline disomogenee.

Certo non si vuol negare legittimità a chi intenda fare uso della categoria dell'abuso come di una struttura nominale polisemica, però senza dubbio emerge in questa chiave ancor più prezioso il contributo della comparazione diacronica.

69 Rinvio a dalla Massara (2008b) II, 345 ss.

Nel mettere a paragone il modello moderno dell'abuso del diritto e quello antico del dolo generale, è stato possibile scavare al di sotto delle parole, per mettere a nudo con più esatta capacità ricostruttiva quali sono gli strumenti tecnico-giuridici che risultino poi in grado di attribuire concreto rilievo a differenti profili di abusività, nonché di indicare quale sia il loro regime.

Per quanto è emerso, la comparazione diacronica tra la figura dell'abuso del diritto e quella del dolo generale romano ha evidenziato tratti di continuità, così come di discontinuità.

Al di sotto del modello più immediato dell'*abus de droit*, il comparatista-storico legge in stratigrafia il modello del dolo romano.

In primis, la qualificazione di una condotta in termini di abusività si traduce in una reiezione della domanda nel merito, secondo il modello di funzionamento dell'*exceptio doli generalis*; ma, più ancora, la sentenza della Suprema Corte del gennaio 2017 sulla natura *sostanziale* (e non già soltanto *processuale*) degli interessi violati per effetto del frazionamento della domanda traccia una linea che riporta direttamente all'antica nozione di dolo inteso come *delictum.*

Conduce invece lontano dall'idea romana del dolo inteso come *delictum* – pur tenendo fede all'idea che esso si consuma nella cornice del processo – la concettualizzazione della meritevolezza quale attributo dell'interesse ad agire, astrattamente in grado di tradurre la valutazione di abusività nelle forme di una reiezione della domanda in rito, per carenza dell'interesse ad agire.

Il compito che, con il diritto romano, la comparazione è chiamata a svolgere non può essere celebrativo, né monumentalizzante.

L'analisi comparata consente di mettere in rilievo linee sottili e altrimenti illeggibili, le quali compongono una geografia di idee preziose per riempire di significato e di precisa valenza le singole figure nelle quali si estrinseca oggi l'abuso del diritto.

Giunto al termine, credo di poter ribadire l'idea espressa in apertura: sarebbe addirittura falsante una ricostruzione in termini genealogici del rapporto tra l'abuso del diritto e il dolo generale.

L'abuso del diritto non difetta della sua storia, rispetto alla quale certamente non è estraneo il diritto romano, ma l'obiettivo non è quello di *cercare risposte* nel diritto romano: la comparazione diacronica consente una riorganizzazione delle idee che, lungi dal dogmatizzare l'antico a favore del moderno, sottopone a vaglio critico tanto l'antico quanto il moderno, per il solo beneficio che la migliore comprensione dei problemi può dare.

Non è dunque da leggersi in termini semplicisticamente euristici il significato più autentico di una comparazione tra modelli giuridici, bensì a livello di acquisizione di nuova conoscenza.

Bibliografia

Albanese, Bernardo (1961), La sussidiarietà dell'actio de dolo, in: Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, 28, 173–322

Alpa, Guido (2015), Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri, in: Contratto e impresa, 31, 245–261

Asprella, Cristina (2015), Il frazionamento del credito nel processo, Bari

Barcellona, Mario (2014), L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolamentazione teleologicamente orientata del traffico giuridico, in: Rivista di diritto civile, 60, 467–499

Basedow, Jürgen et al. (a cura di) (2012), Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford

Bertolini, Andrea (2010), Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale, in: Nuova giurisprudenza civile commentata, 26, 435–488

Betti, Emilio (1991a), Diritto romano e dogmatica odierna, in: Crifò, Giuliano (a cura di), Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti, Milano, 59–133

Betti, Emilio (1991b), Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica, in: Crifò, Giuliano (a cura di), Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti, Milano, 398–403

Betti, Emilio (1991c), Storia e dogmatica del diritto, in: Crifò, Giuliano (a cura di), Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti, Milano, 573–586

Bigliazzi Geri, Lina (1998), Voce Buona fede nel diritto civile, in: Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. 2, Torino

Bloch, Mark (1997), Storici e storia, Torino

Birocchi, Italo, Massimo Brutti (a cura di) (2016), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino

Brutti, Massimo (1968), Formulae de dolo e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato, in: Studi Senesi, 80, 261–320

Brutti, Massimo (1973), La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, 2 voll., Milano

Bucher, Eugen (2010), Komparatistik – Rechtsvergleichung und Geschichte, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 74, 251–317

Burdese, Alberto (1960), Voce Exceptio doli (diritto romano), in: Novissimo digesto italiano, vol. 6, Torino

Burdese, Alberto (2006), L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in: Garofalo, Luigi (a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 91–122
Buzzacchi, Chiara (2002), L'abuso del processo in diritto romano, Milano
Cannata, Carlo Augusto (2003), Bona fides e strutture processuali, in: Garofalo, Luigi (a cura di), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001), vol. 1, Padova, 257–273
Carcaterra, Antonio (1970), Dolus bonus, dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2–3, Napoli
Cardilli, Riccardo (2002), La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina, in: Roma e America, 7, 123–186
Cardilli, Riccardo (2004), Bona fides tra storia e sistema, Torino
Cariglia, Chiara (2016), L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo, in: Giurisprudenza italiana, 52, 371–374
Carnelutti, Francesco (1936), Scuola italiana del diritto, in: Rivista di diritto processuale civile, 13, 3–17
Carraro, Luigi (1949), Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 3, 782–802
Casavola, Francesco Paolo (1960), Voce Dolo (diritto romano), in: Novissimo digesto italiano, vol. 6, Torino
Cattaneo, Giovanni (1971), Buona fede obbiettiva e abuso del diritto, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 25, 613–659
Colacino, Vincenzo (1960), Voce Actio de dolo, in: Novissimo digesto italiano, vol. 1, Torino
Consolo, Claudio (2012), Note necessariamente divaganti quanto all'abuso sanzionabile del processo e all'abuso del diritto come argomento, in: Rivista di diritto processuale, 72, 1284–1299
Cursi, Maria Floriana (2008), L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale, Napoli
Dalla Massara, Tommaso (2003), Frazionabilità della domanda e principio di buona fede, in: Garofalo, Luigi (a cura di) Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001), vol. 1, Padova, 429–458
Dalla Massara, Tommaso (2008a), L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema, in: Rivista di diritto civile, 54, 223–237
Dalla Massara, Tommaso (2008b), La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il ripensamento delle Sezioni Unite, in: Rivista di diritto civile, 54, 345–362
Dalla Massara, Tommaso (2013a), Lo storico, in: Visintini, Giovanna (a cura di), La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali, Napoli, 173–210

Dalla Massara, Tommaso (2013b), Brevi considerazioni intorno al ruolo del romanista nella formazione universitaria, in: Europa e diritto privato, 16, 927–957
Dalla Massara, Tommaso (2015), Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica, in: Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 28, 657–672
Dalla Massara, Tommaso (in corso di pubblicazione – a), Die Arglisteinrede, in: Babusiaux, Ulrike et al. (a cura di), Handbuch des Römischen Privatrechts (in corso di pubblicazione)
Dalla Massara, Tommaso (in corso di pubblicazione – b), Die Klage wegen Arglist, in: Babusiaux, Ulrike et al. (a cura di), Handbuch des Römischen Privatrechts (in corso di pubblicazione)
D'Angelo, Andrea (1988), Voce Buona fede, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 5, Roma
D'Angelo, Andrea (1990), La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale, in: Contratto e impresa, 6, 702–755
De Cristofaro, Marco (2008), Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato, in: Rivista di diritto civile, 54, 335–344
Di Majo, Adolfo (1988), Delle obbligazioni in generale, in: Scialoja, Antonio, Giuseppe Branca (a cura di), Commentario del codice civile, Bologna, Roma
Di Majo, Adolfo (2005), Il linguaggio dei rimedi, in: Europa e diritto privato, 8, 341–363
Dolmetta, Aldo Angelo (1997), Voce Exceptio doli generalis, in: Enciclopedia giuridica Treccani, Aggiornamento, Roma
Dolmetta, Aldo Angelo (1998), Exceptio doli generalis, in: Banca, borsa e titoli di credito, 64, 147–198
Durry, Georges (1972), La conception jurisprudentielle de l'abus de droit, in: Revue trimestrielle de droit civil, 70, 395–398
Elsener, Ursula (2004), Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit, Bâle
Fercia, Riccardo (2004), Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo, in: Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda, vol. 1, Torino, 421–444
Finessi, Arianna (2007), Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva, Milano
Fiori, Roberto (2006), Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini, in: Garofalo, Luigi (a cura di) L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 49–89
Fondrieschi, Alba (2005), La prestazione parziale, Milano
Foucault, Michel (2004), L'ordine del discorso e altri interventi, trad. it., Torino
Foucault, Michel (2009), L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura, trad. it., Milano
Frigeni, Claudio (2013), Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia, in: Vita notarile, 65, 565–581
Gambaro, Antonio (1988), Voce Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 1, Roma

Garbarino, Paolo (2013), Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà, in: Cerami, Pietro, Mario Serio (a cura di), Scritti di comparazione e storia giuridica (Atti del seminario del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo e del Convegno SIRD-ARISTEC del giugno 2012 « Storia, Comparazione, Scienza Giuridica » svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo), Torino, 63–68

Garofalo, Luigi (1996), Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia, in: Rivista di diritto civile, 42, 629–661

Garofalo, Luigi (a cura di) (2003), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001), Padova

Garofalo, Luigi (a cura di) (2006a), L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali, Padova

Garofalo, Luigi (a cura di) (2006b), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova

Garofalo, Luigi (2015a), Diritto romano e scienza del diritto, in: Garofalo, Luigi, Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi, Torino, 137–199

Garofalo, Luigi (a cura di) (2015b), Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali, Torino

Ghirga, Maria Francesca (2004), La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale, Milano

Grossi, Paolo (2012), Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline, in: Contratto e impresa, 28, 315–338

Grosso, Giuseppe (1959), Voce Buona fede (diritto romano), in: Enciclopedia del diritto, vol. 5, Milano

Haase, Florian (2005), Einführung in die Methodik der Rechtsvergleichung, in: Juristische Arbeitsblätter, 37, 232–237

Haferkamp, Hans-Peter (2000), Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: Falk, Ulrich, Heinz Mohnhaupt (a cura di), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main, 1–37

Heisenberg, Werner Karl (1991), Indeterminazione e realtà, Napoli

Hintikka, Jakko (1987), Self-profile, in: Bogdan, Radu (a cura di), Jaakko Hintikka. A profile, Dordrecht, 3–40, https://doi.org/10.1007/978-94-009-3763-5_1

Husa, Jakko (2007), About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland, Maastricht

Impallomeni, Giambattista (1971), La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato, in: Rivista di diritto civile, 17, 369–378

Impallomeni, Giambattista (1996), Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Padova

von Jhering, Rudolf (1954), Serio e faceto nella giurisprudenza, trad. it., Firenze

Josserand, Louis (1905), De l'abus des droits, Paris
Kaser, Max, Karl Hackl (1966), Das römische Zivilprozessrecht, München
Kaser, Max (1971), Das römische Privatrecht, vol. 1: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München
Kötz, Hein (1992), Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, in: Juristen-Zeitung, 47, 20–22
Labruna, Luigi (2006), Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici, in: Garofalo, Luigi (a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 123–137
Lambrini, Paola (2010), Dolo generale e regole di correttezza, Padova
Lambrini, Paola (2013), Studi sull'azione di dolo, Napoli
Lenel, Otto (1927), Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. ed., Leipzig
Levi, Giulio (1993), L'abuso del diritto, Milano
Luig, Klaus (2003), Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della Corte dell'Impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900, in: Garofalo, Luigi (a cura di), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001), vol. 2, Padova, 417–424
Lupoi, Maurizio (1994), La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi, in: Foro Italiano, 119, 448–451
Luzzatto, Gino (1964), Voce Dolo (diritto romano), in: Enciclopedia del diritto, vol. 13, Milano
Mac Cormack, Geoffrey (1985), Dolus in Republican Law, in: Bullettino dell'istituto di diritto romano, 27, 1–38
Mac Cormack, Geoffrey (1993), Dolus in Decisions of the Mid-classic Jurists, in: Bullettino dell'istituto di diritto romano, 96, 96–97
Mannino, Vincenzo (2006a), Considerazioni sulla « strategia rimediale »: buona fede ed exceptio doli generalis, in: Europa e diritto privato, 8, 1283–1317
Mannino, Vincenzo (2006b), Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto, in: Garofalo, Luigi (a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 169–201
Mantovani, Dario (1999), Le formule del processo privato romano, Padova
Marconi, Diego (2014), Il mestiere di pensare, Torino
Marinelli, Marino (2005), La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli, Trento
Martens, Sebastian (2012), Voce Fraud, in: Basedow, Jürgen et al. (a cura di), The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. 1, Oxford
Masi Doria, Carla (2016), La romanistica italiana verso il terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila, in: Birocchi, Italo, Massimo Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 179–201

Meruzzi, Giovanni (2005), L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale, Padova

Messinetti, Davide (1998), Voce Abuso del diritto, in: Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, vol. 2, Milano

Mitteis, Ludwig (1908), Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, Leipzig

Monateri, Pier Giuseppe (2008), Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione, in: Ostraka, 17, 213–220

Nanni, Luca (1988), La buona fede contrattale, Padova

Natoli, Ugo (1958), Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 12, 18–37

Natoli, Ugo (1961), L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza, in: Banca, borsa e titoli di credito, 28, 157–175

Natoli, Ugo (1975), La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio, in: Natoli, Ugo, Studi sulla buona fede, Milano, 119–178

Navarretta, Emanuela (2012), Il contratto autonomo di garanzia, in: Gitti, Gregorio et al. (a cura di), I contratti per l'impresa, vol. 1, Bologna, 553–566

Patti, Salvatore (1978), Profili della tolleranza nel diritto privato, Napoli

Patti, Salvatore (1987), Voce Abuso del diritto, in: Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. 1, Torino

Patti, Salvatore (1999), Vicende del diritto soggettivo, Torino

Pellizzi, Giovanni Luigi (1960), Voce Exceptio doli (diritto civile), in: Novissimo digesto italiano, vol. 6, Torino

Piraino, Fabrizio (2015), La buona fede in senso oggettivo, Torino

Portale, Giuseppe Benedetto (1982), Impugnative di bilancio ed exceptio doli, in: Giurisprudenza commerciale, 9, 407–425

Procchi, Federico (2006), L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium, in: Garofalo, Luigi (a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, 77–137

Pugliatti, Salvatore (1965), Voce Eccezione (teoria generale), in: Enciclopedia del diritto, vol. 14, Milano

Ranieri, Filippo (1972a), Dolo petit qui contra pactum petat. Bona fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts, in: Coing, Helmut (a cura di), Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, vol. 4, Frankfurt am Main, 158–187

Ranieri, Filippo (1972b), Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 26, 1216–1237

Ranieri, Filippo (1991), Voce Eccezione di dolo generale, in: Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. 7, Torino

Ranieri, Filippo (1998), Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, in: Revue internationale de droit comparé, 50, 1055–1092, https://doi.org/10.3406/ridc.1998.1044

Ranieri, Filippo (2012), Voce Good Faith, in: Basedow, Jürgen et al. (a cura di), Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford

Rescigno, Pietro (1998), L'abuso del diritto, Bologna

Restivo, Carmelo (2007), Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano

Ripert, Georges (1925), La règle morale dans les obligations civiles, Paris

Romano, Salvatore (1958), Voce Abuso del diritto, in: Enciclopedia del diritto, vol. 1, Milano

Sacco, Rodolfo (2001), Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto, in Trattato Sacco di diritto civile, Torino

Sacco, Rodolfo (1992), Che cos'è il diritto comparato, a cura di Cendon, Paolo, Milano

Salvi, Cesare (1988), Voce Abuso del diritto. I) Diritto civile, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 1, Roma

Santucci, Gianni (2016), « Decifrando scritti che non hanno nessun potere ». La crisi della romanistica fra le due guerre, in: Birocchi, Italo, Massimo Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino, 63–102

Schermaier, Martin (2000), Bona fides in Roman Contract Law, in: Zimmermann, Reinhard, Simon Whittacker (a cura di), Good Faith in European Contract Law, Cambridge, 63–92

Somma, Alessandro (2008), Fare cose con il diritto romano, in: Ostraka, 225–236

Talamanca, Mario (2003), La bona fides nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento, in: Garofalo, Luigi (a cura di), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001), vol. 4, Padova, 1–313

Tartaglia, Paolo (2013), Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità, in: Corrias, Paoloefisio (a cura di), Liber Amicorum per A. Luminoso, Contratto e mercato, vol. 2, Milano, 967–980

Torrente, Andrea (1965), Voce Eccezione di dolo, in: Enciclopedia del diritto, vol. 14, Milano

Trabucchi, Alberto (2015), Istituzioni di diritto civile, 47. ed., Padova

Uda, Giovanni Maria (2004), La buona fede nell'esecuzione del contratto, Torino

Viaro, Silvia (2006), Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale, in: Garofalo, Luigi (a cura di), L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali, Padova, 1–75

Viglione, Filippo (2011), I "confini" del diritto privato comparato, in: Nuova giurisprudenza civile commentata, 27, 162–193

Viglione, Filippo (2012), Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale, in: www.comparazionedirittocivile.it

VISINTINI, GIOVANNA (a cura di) (2016), L'abuso del diritto, Napoli
WACKE, ANDREAS (1977), Sul concetto di dolus nell'actio de dolo, in: Iura, 28, 10–39
WENDT, OTTO HEINRICH GUSTAV (1906), Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in: Archiv für civilistische Praxis, 86, 1–417
WIEACKER, FRANZ (1988), Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: DIEßELHORST, MALTE (a cura di), Franz Wieacker. Kleine juristische Schriften, Göttingen, 43–75
ZAMORANI, PIERPAOLO et al. (a cura di) (2005), Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004, Torino
ZIMMERMANN, REINHARD (1991), Usus hodiernus Pandectarum, in: SCHULZE, REINER (a cura di), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin, 61–88
ZIMMERMANN, REINHARD (1996), The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford
ZIMMERMANN, REINHARD, SIMON WHITTACKER (a cura di) (2000), Good Faith in European Contract Law, Cambridge

Thomas Duve

Storia giuridica globale e storia giuridica comparata

Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale*

È al più tardi a partire dagli anni Novanta che la transnazionalizzazione del diritto e la formazione di ordini normativi nuovi, che si collocano accanto al diritto statale o che si realizzano mediante l'interazione tra attori statali e non statali, sono considerate le grandi sfide della scienza giuridica occidentale.[1] Nel contempo, con la globalizzazione e la mobilizzazione di capitali, di persone e di beni è significativamente aumentato il contatto tra appartenenti a tradizioni giuridiche diverse e di conseguenza è aumentato anche il numero di "incontri giuridici". Entrambi questi fenomeni pongono la scienza giuridica di fronte a problemi fondamentali – per non dire classici – ma che proprio per questo sono ben lontani dall'essere risolti. Al contrario: come possiamo analizzare regimi regolativi ibridi, che non sono né puramente statali, né puramente privati e che non sono ricollegabili a confini nazionali, culture giuridiche, o altre categorie che hanno costituito lo strumentario classico della comparazione giuridica? Quali vocaboli abbiamo a disposizione per instaurare un dialogo su tale diritto transnazionale con giuristi (donne o uomini che siano) provenienti da altre tradizioni giuridiche? Come possiamo intenderci sui concetti fondamentali dell'ordinamento sociale, data la sempre maggiore necessità di intendersi anche al di là del contatto tra Stati nazionali o regioni contigue? E come possiamo analizzare ordini normativi differenti, senza influenzare il risultato fin dalla mera formulazione della domanda?

Dovrebbe essere cosa evidente, dopo oltre un quarto di secolo di dibattiti postcoloniali ed in considerazione dei cambiamenti dei rapporti tra le regio-

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione e estensione del *research paper* in lingua inglese in tema di *Global Legal History*: Duve (2016). La traduzione è a cura di Enrico Cottù e Sonja Haberl.

1 Cfr. ad es. Sieber (2010); Darian-Smith (2013).

ni globali, che il linguaggio e gli strumenti analitici necessari a tal fine non possono più essere ricavati dalla sola tradizione europea. È per questo che dobbiamo confrontarci in modo critico con la nostra tradizione analitica di tipo secolare-statalistico, che rinvia a nozioni occidentali di statualità – sia essa la tradizione di una storia del diritto di impronta eurocentrica-diffusionistica, sia essa la tradizione risultante da paradigmi statuali nazionali con intento tassonomico – che hanno ispirato anche la comparazione storico-giuridica, ma che nel frattempo sono diventate oggetto di critiche piuttosto esplicite.[2] Dobbiamo chiederci in che misura queste categorie e concetti siano sufficienti anche per la comunicazione transnazionale, quale contenuto semantico essi trasportino implicitamente, e che cosa questo comporti per i nostri studi comparatistici.

Di tali questioni si occupa in misura crescente anche la ricerca storico-giuridica, la quale, per quanto riguarda la comparazione diacronica, è da sempre costretta a riflettere sui propri metodi. Da circa due decenni si possono inoltre osservare nella ricerca storico-giuridica numerosi tentativi di scrivere una storia del diritto in prospettiva storico-globale. Tale storia del diritto in prospettiva storico-globale deve fare i conti con le questioni fondamentali appena abbozzate in questa sede, ed in certa misura ha già iniziato a farlo. Lo scopo del presente saggio è quello di offrire un quadro generale di questo ambito piuttosto oscuro e sfuggente e distinguere tre filoni principali in base ai loro obiettivi conoscitivi (1) e alla loro collocazione disciplinare (2). Una visione d'insieme degli importanti problemi metodologici della ricerca storico-giuridica in prospettiva globale serve a scoprire possibili elementi di raccordo per un dialogo tra comparazione storico-giuridica e scienza giuridica comparata, protesa, quest'ultima, verso fattispecie attuali (3).

1. Storia del diritto in una prospettiva globale, storia della globalizzazione del diritto e storia del diritto come storia mondiale

A partire dagli anni Novanta gli sforzi volti a completare le convenzionali tradizioni storiografiche (nazionali in maniera preponderante) tramite l'introduzione di una dimensione globale sono stati in crescita. Nel mentre, un numero crescente di pubblicazioni storico-giuridiche fanno uso del ter-

2 Ad es. Duve (2012) e (2014); Glenn (2006); Schacherreiter (2013); Somma (2014); Siems (2014); Husa (2015).

mine "globale". Ci sono articoli programmatici e tentativi di istituzionalizzazione. La transnazionalizzazione del diritto e la crescita della storia globale e dei *global studies* in genere stanno producendo un impatto sulla storiografia giuridica.

A dispetto di questi sviluppi, la storia giuridica globale è un settore che sta solo lentamente cominciando a prendere forma. Diverse tradizioni nazionali e regionali di scrittura della storia del diritto, per esempio, quella anglo-americana, asiatica, belga, olandese, francese, tedesca, italiana, iberica e ibero-americana, stanno integrando prospettive transnazionali nelle loro cornici analitiche. La "mondializzazione" della comunicazione accademica[3] e la crescente cooperazione internazionale hanno determinato un lento ma costante processo di trasformazione di metodi, canoni conoscitivi, e prassi accademiche – anche nell'ambito comparativamente piccolo della storia giuridica. C'è un discorso transnazionale e interdisciplinare emergente che completa le tradizioni locali e nazionali. Tuttavia, questi discorsi transnazionali sono tradotti all'interno di tradizioni storiografiche nazionali e ambientazioni istituzionali. Come risultato, non c'è né un consenso quanto a cosa sia la storia giuridica globale, né quali obiettivi persegua questo genere di storiografia legale, o persino dove debba essere collocata in relazione ad altre discipline. Oltre a ciò, la storia giuridica globale riflette la tradizionale molteplicità di metodi, scopi, e forme presenti nelle attuali storiografie giuridiche. Questa è la ragione per cui è così difficile parlare di un metodo di storia giuridica globale. E forse, non è nemmeno auspicabile farlo.

Tenendo presente questo, si possono distinguere tre principali significati: la storia giuridica globale si riferisce al tentativo di scrivere le storie giuridiche di un dato spazio o tempo in maniera diversa da come è stato fatto tradizionalmente, cioè da una prospettiva nazionale (1.1). Può anche significare una storiografia giuridica che si occupa di un oggetto specifico – vale a dire, la storia della globalizzazione del diritto (1.2). A volte, il termine indica la "storia giuridica mondiale" (1.3).

1.1 Storia del diritto in una prospettiva storico-globale

Se si intende "storia giuridica globale" come "storia giuridica in una prospettiva globale", allora il concetto definisce precisamente questo – una pro-

3 D'Haen (2016).

spettiva. Le prospettive storico-globali dovrebbero aiutare nel cambiare, espandere, o integrare il contenuto e le forme della storiografia giuridica che hanno avuto origine da tradizioni nazionali, continentali, o tramite altre tradizioni. La storia giuridica globale è dunque specialmente interessata alla ricostruzione della interazione storica tra attori e attanti – spesso distanti l'uno dall'altro – o persino all'interazione tra membri di diverse comunità storiografiche. Ci si può chiedere, per esempio, come certi eventi e situazioni delle storie giuridiche asiatiche, latinoamericane, ed europee possono essere state influenzate reciprocamente e cosa, per esempio, uno storico del diritto cinese, messicano e spagnolo può avere da apportare alle loro rispettive storie giuridiche. Cosa ha significato l'espansione europea per la formazione di ordinamenti giuridici apparentemente "continentali" e "nazionali" in Europa? Come è stata tradotta la tradizione europea in aree non europee? In che modo l'immagine, ad esempio, delle tradizioni giuridiche asiatiche ha modellato le autopercezioni di alcuni europei? In che modo l'immagine europea ha influenzato le autopercezioni e le storiografie giuridiche di giuristi africani, cinesi, giapponesi, indiani? Questo potrebbero essere alcune tipiche domande che possono essere poste dalla prospettiva della storia giuridica globale.[4]

Questa prospettiva globale può avere effetti assai differenti. In primo luogo, prospettive globali possono significare esame critico e modificazione della trama spaziale sottesa a molte tradizioni storiografiche. Questo è di particolare rilevanza, dato che le istituzioni accademiche come le tradizioni intellettuali e analitiche della storiografia giuridica hanno origine dall'era dello Stato nazione. Conseguentemente, lo Stato nazione e le sue configurazioni spaziali furono assunti a naturale punto di riferimento per la ricerca.[5] Tuttavia, guardando alla storia del diritto antico, medievale e della prima modernità, appare chiaro che non gli spazi nazionali, ma più larghi spazi imperiali sono stati spesso la norma della storia del diritto.[6] Sia *dentro* che *tra* questi spazi imperiali vi era una molteplicità di interconnessioni e reciproche interazioni che devono essere prese in considerazione. Non è stato infrequente che precisamente queste esperienze imperiali abbiano reso le istitu-

4 Per una panoramica di alcune di tali questioni vedi, per esempio Benton (2010); Duve (2012) e (2014b); Halperín (2009); (2014); Ruskola (2013); Srikantan (2014); Zhang (2016).

5 Duve (2014c).

6 Benton (2012); Benton, Ross (2013).

zioni "europee" ciò che sono oggi. Per esempio, il ragionamento giuridico della prima modernità in alcune parti d'Europa è stato, e non in maniera esigua, influenzato dalla scuola di Salamanca, la quale può essa stessa essere compresa solo nel contesto dell'espansione imperiale delle monarchie iberiche. Il ragionamento normativo di teologi, giuristi o filosofi non è unicamente un fenomeno "spagnolo" o "portoghese", ma una conseguenza contingente della prima globalizzazione, che ha modificato il modo in cui il sistema giuridico si è sviluppato da allora in avanti. Lo stesso può essere affermato per idee centrali del pensiero giuridico europeo come la "sovranità",[7] o la formazione del diritto internazionale, che è "europeo" solo nel senso che vi fu una egemonia europea nella sua produzione.[8] Ad ogni modo, ci furono considerevoli apporti da parte di cosiddetti "giuristi semiperiferici".[9] La schiavitù e la sua abolizione, per richiamare un altro esempio, è stata trattata come parte delle storie nazionali; tuttavia, queste storie nazionali non possono essere comprese senza gli inquadramenti transnazionali del diritto della schiavitù.[10] In maniera analoga, le regioni colonizzate hanno motivi di esaminare attentamente le dimensioni spaziali della loro storiografia. Spesso le stesse hanno scritto le loro storie in termini di preistoria rispetto alla loro inclusione in un impero coloniale. Non c'è, ad esempio, nessuna storia giuridica dell'America latina che includa una porzione significativa del passato giuridico precedente la colonizzazione europea, e, forse, non avrebbe senso integrare questo storie precoloniali in un quadro spaziale modellato dalla storiografia coloniale.[11] E può non esserci mai stato, ad esempio, qualcosa come un « diritto hindu ».[12] La decolonizzazione intellettuale può, quindi, non solo significare l'inclusione di altre forme di normatività e organizzazione sociale, ma altresì porre questioni in merito alle differenti configurazioni spaziali delle storie giuridiche forzate entro strutture imperiali dalle potenze colonizzatrici.

Inoltre la « nascita del mondo moderno »,[13] i movimenti indipendentisti del tardo 18. e primo 19. secolo, e l'era dello Stato nazione – con le sue

7 Benton (2010).
8 Koskenniemi (2011), (2014).
9 Becker Lorca (2014).
10 Gross, De la Fuente (2013).
11 Clavero (2014).
12 Srikantan (2014).
13 Bayly (2004).

emblematiche istituzioni giuridiche – necessitano di essere comprese nel loro contesto globale. Il secolo della costruzione nazionale in Europa e in Occidente fu, al tempo stesso, un periodo in cui la globalizzazione del diritto e il pensiero giuridico erano in marcia ed estremamente influenti.[14] I monumenti giuridici di questa costruzione nazionale, vale a dire codificazioni e costituzioni sono parte di un complesso processo di comunicazione che, sotto alcuni profili, aveva una dimensione globale. Codici e costituzioni di differenti parti del mondo circolavano e venivano tradotti, in grado maggiore o minore, in ciascuna delle realtà nazionali.[15]

La storia del diritto in una prospettiva globale apre la possibilità di una espansione delle categorie analitiche. Questo rimane vero non solo per la storiografia post-coloniale e la sua insistenza sul tenere in considerazione differenti epistemologie e teorie dal Sud.[16] Al di là della connessa revisione delle narrative storiche, questioni e argomenti della ricerca storica possono essere trasmessi alle storie del diritto di altre regioni. Per esempio, lo scambio con la storiografia giuridica angloamericana o la storia del diritto coloniale sta mostrando alla tradizione europea continentale problematiche trascurate nel suo discorso, come la rilevanza della letteratura pratica, la giustizia dei "laici", concetti non secolari di diritto e il loro impatto su vasta scala, la storia del potere giudiziario, delle minoranze e dell'ineguaglianza ecc. Al tempo stesso, lo *ius commune*, per esempio, è stato per lungo tempo scarsamente considerato in molte comunità storico-giuridiche non europee e sta venendo riscoperto come grammatica di base e vocabolario di comunicazione sul diritto su scala globale.[17] In tal modo, la prospettiva storico-globale contribuisce – come fanno tutti gli studi comparatistici – a una proficua e produttiva alienazione dal proprio oggetto di ricerca per il tramite di un mutato punto di osservazione. Essi contribuiscono a un de-centramento e quindi a una re-interpretazione della storia (del diritto).[18]

In aggiunta a questa espansione degli spazi, delle categorie analitiche, come pure degli interrogativi e delle tematiche di una storia del diritto tradizionale, orientata nazionalmente, vi è altresì una funzione emancipato-

14 Kennedy (2006).
15 Vedi, per esempio, i contributi in Duve (2014a), specialmente Zimmermann (2014).
16 Costa (2013); Santos (2014); Comaroff, Comaroff (2012).
17 Vedi, per esempio, per le Americhe Tau Anzoátegui (2002); Cassi (2004); Straumann (2016).
18 Davis (2011); Conrad (2016).

ria, prima di tutto rispetto a quelle regioni dove – a fronte della egemonia della tradizione di ricerca europea nei secoli 19° e 20° – veniva fatto uso delle categorie europee per analizzare le proprie storie giuridiche. Ciò che è stato scritto nel contesto della storia economica già venti anni fa è ancora valido per la storia del diritto: "La Storia spesso sembra raggiungere le popolazioni non occidentali quando vengono in contatto con gli Europei. Le loro storie moderne sono costruite convenzionalmente lungo l'asse delle risposte native alle sfide occidentali. In alternativa, l'integrità storica e culturale delle società non occidentali può essere considerata separatamente dalle influenze europee, o come società ibride costruite in base a una combinazione di influenze native e occidentali".[19] Gli esempi sono svariati, e non ristretti al principio della storia del diritto, ad esempio in America ispanica con la colonizzazione da parte degli Spagnoli. Alcuni storici del diritto giapponesi, per esempio, han fatto ricorso a concetti tedeschi per scrivere la storia giapponese e potrebbero avere bisogno di cercare un loro proprio quadro analitico.[20] La crescente consapevolezza del duraturo impatto intellettuale, o persino imperialismo della dottrina occidentale possono aiutare a creare un nuovo terreno concettuale per storie del diritto non occidentali.[21] Infine, il rafforzamento delle prospettive storico-globali significa anche, per adesso, fare spazio a narrative non egemoniche. La storia del costituzionalismo o dei diritti umani, per esempio, sarebbe stata scritta diversamente se non fosse stata puramente la storia di uomini bianchi, con importanti conseguenze per molti popoli indigeni e per la storia del mondo in quanto tale.[22]

1.2 La storia giuridica della globalizzazione del diritto

Un secondo modo in cui può essere intesa la storia giuridica globale è che la stessa abbia a che fare con la globalizzazione del diritto. In tal senso, essa non costituisce una prospettiva, ma piuttosto un allargamento dell'ambito della ricerca storico-giuridica così come delle tematiche e questioni che tratta. Il suo oggetto di indagine è l'impatto della compressione spazio-tempo (come

19 Bin Wong (1997), 1.
20 Nishikawa (2007a) e (2007b).
21 Ad es., per la Cina, vedi Bourgon (2002); Ocko (2004); per l'India, vedi, per esempio, Menski (2006); Srkitantan (2014).
22 Clavero (2005), (2014) e (2015).

si connota in relazione alla "globalizzazione") sul diritto e il ruolo del diritto in questo processo. Una storia giuridica della globalizzazione del diritto è in questi termini dedicata a un caso specifico della riproduzione del diritto nel tempo e nello spazio, costantemente osservabile, estendendosi lungo distese di spazio e così violando diverse comunità epistemiche o "culture giuridiche".

Intesa in questa maniera, la storia giuridica globale è coinvolta, da un lato, nella riproduzione locale di norme entro l'orizzonte delle offerte normative potenziali globali, o "tradizioni giuridiche".[23] I suoi interessi sono diretti verso i processi con cui varie offerte normative competono l'una con l'altra, e dove gli attori – gruppi o individui – possono o devono fare una scelta. Questo ha a che vedere con la traduzione culturale della normatività. Il che richiede, per esempio, di rispondere alla domanda: come furono tradotti in prassi regionali ordini normativi con aspirazioni universali, come lo ius commune? Quali cambiamenti possiamo osservare nel loro significato? Perché e in che modo giuristi cileni o giapponesi nei secoli 19. e 20. scelsero specifici modelli (francese, tedesco, inglese) e non altri? In che modo questo influenzò pratiche giuridiche, ragionamento giuridico, o l'amministrazione della giustizia?[24]

Allo stesso tempo, la storia giuridica globale riguarda l'analisi della coesistenza e interazione di diversi ordini normativi. Spesso questa coesistenza è associata con la circolazione o migrazione di persone, oggetti, idee ed istituzioni in contesti coloniali. Mercanti, missionari, soldati, élite sociali, burocrati, coloni, marinai o persino schiavi presero con sé le proprie concezioni di giusto e sbagliato, i propri privilegi e doveri, abbastanza spesso anche i loro poteri giurisdizionali su membri della stessa comunità ed altri insieme a loro nel viaggio. Il risultato furono situazioni che sono descritte come "pluralismo giuridico" o "giurisdizionale".[25] Una conseguenza di lungo periodo di tali processi di interrelazione fu l'emergere di una « intergiuridicità »[26] e di alcuni specifici ordini normativi transnazionali o "globali", come il diritto internazionale. Ancora, vi sono anche molti altri casi – si pensi soltanto al diritto della Chiesa cattolica e alla teologia pratica morale, al diritto maritti-

23 Nel senso di Glenn (2006) e (2014).

24 Per approfondimenti sul punto, vedi i contributi in *Rechtsgeschichte – Legal History*, vol. 22 (2014).

25 Benton, Ross (2013).

26 Hoeckema (2005).

mo, del commercio e degli affari o, più recentemente, si può considerare il diritto costituzionale e i principi costituzionali (ad es. "Stato di diritto"). La storia giuridica globale chiede: cosa è successo in questi processi di coesistenza di differenti ordini normativi? Che effetti hanno le interrelazioni sui nostri progetti tassonomici di ordinare il mondo in cerchi giuridici (*Rechtskreis*), famiglie giuridiche, culture giuridiche, e sui dibattiti sul nostro sistema giuridico oggi? Che ruolo giocarono il diritto e altre forme di normatività nella costruzione di imperi formali e informali? Come e perché i regimi giuridici cambiano sotto i condizionamenti della comunicazione globale? Individuiamo diverse ragioni storiche per un'organizzazione della giustizia attraverso la differenza e il ragionevole compromesso tra i membri di differenti gruppi regolatori?

Per affrontare tali immense questioni, la storia della globalizzazione del diritto deve attingere dal sapere delle scienze umane e sociali. Tuttavia, essa può anche accedere a vasti depositi di conoscenza derivanti dalla tradizione storiografica giuridica. Il processo di scambio e coesistenza di diversi gruppi nel Mediterraneo ellenistico, l'Impero romano, Bisanzio, l'Impero carolingio, il Sacro Romano Impero della Nazione Germanica, gli imperi nell'età dell'espansione europea, la cosiddetta ricezione del diritto romano-canonico, l'espansione del diritto ecclesiastico per il globo, l'imperialismo dei secoli 19. e 20., e i fenomeni di un imperialismo informale, normativo, come la diffusione della cultura giuridica anglo-americana sono solo pochi dei più ben noti esempi dalla conoscenza della storia giuridica. Ciò rende disponibile una grande quantità di ricco materiale storico per lo studio della globalizzazione del diritto. Ovviamente, un'importante condizione per rendere proficuo questo genere di ricerca è che la prospettiva eurocentrica e diffusionale inerente a questa tradizione sia criticamente esaminata e vagliata.[27]

1.3 Storia del diritto come parte di una storia mondiale

Da ultimo, la storia giuridica globale può anche essere vista come parte del tentativo di scrivere una storia mondiale.[28] Tuttavia, il termine "storia mon-

27 Vedi, per esempio, Duve (2012), (2014a) e (2014b); Zhang (2016); dalla prospettiva della storia globale generale, vedi Conrad (2016).

28 Christian (2010).

diale" e le idee ad esso associate sono impiegati molto diversamente e sono piuttosto controversi. Secondo alcuni autori, la storia globale è vista meramente come una nuova versione o come parte di una storia mondiale focalizzata sull'età della globalizzazione; tali autori tendono a impiegare il termine in maniera indistinta. Tuttavia, ci sono stati più precoci e alquanto problematici tentativi di scrivere la storia "universale" come storia mondiale, anche dal campo del diritto, della storia giuridica e dell'antropologia giuridica che possono servire da monito contro la tentazione di eccessive semplificazioni.

2. Tra storia e diritto

In quanto specifica manifestazione del sapere generale storico-giuridico, la storia giuridica globale condivide l'ampio spettro dei possibili scopi (come pure di metodi) della storia giuridica generale. Molto è stato scritto a proposito dell'orientamento disciplinare della storia giuridica, segnatamente se la stessa propenda maggiormente verso la direzione della storia o della scienza giuridica.[29] Senza voler qui riprendere questo particolare dibattito, sembra prudente distinguere tra due compiti disciplinari. Sono pertanto gli interessi epistemici direttamente connessi con la rispettiva classificazione disciplinare che influenzano argomenti e problemi, come pure i metodi. A questo proposito, la storia giuridica globale può essere intesa come uno specifico campo di ricerca storica e come appartenente alla ricerca di base delle scienze giuridiche.

Questa classificazione non deve essere intesa come esclusiva. Al contrario, la storia giuridica globale come ricerca di base per la dottrina giuridica può essere espletata in maniera significativa se è intesa in termini di ricerca storica i cui metodi e logiche sono presi in considerazione per essere utili – su questa base – agli specifici, ulteriori interessi epistemici dei ricercatori giuridici.

29 Per una revisione di alcune discussioni vedi Duve (2012), Dubber (2015).

2.1 Storia giuridica globale come specifica area di ricerca storica

La storia giuridica globale è, anzitutto, una specifica area di ricerca storica globale con tutti i suoi scopi ad ampio raggio.[30] Ciò che fa la storia giuridica globale speciale come sottodisciplina della storia globale è che essa si occupa di quei fenomeni storici che sono connessi con la compressione spazio-tempo caratteristica della globalizzazione e della sua dimensione giuridica.[31] Essa può essere scritta sia come storia giuridica in una prospettiva globale sia come storia della globalizzazione del diritto.

La storia giuridica globale come disciplina storica è votata, in particolare, ai fenomeni di riproduzione e traduzione di normatività su grandi distese spaziali. Essa indaga l'emersione e la qualità di spazi legali; si interroga sulla dialettica di universalità e particolarità, come anche sul contenuto e la relazione di culture e tradizioni giuridiche le une con le altre. Può investigare, per esempio, come la costruzione nazionale sia stata resa possibile attraverso il ricorso ai networks transnazionali e quale ruolo ha svolto il diritto derivante da altri Paesi nelle trasformazioni dei sistemi giuridici. La storia giuridica globale può rintracciare imperialismi formali e informali, e ciò può scoprire comprensioni implicite e logiche di riproduzione lungolatente di pensiero giuridico. Può mostrare l'importanza storica del diritto come mezzo per modellare strutture e relazioni sociali. Come risultato, la stessa si confronta con le classiche difficoltà metodologiche, per esempio, la possibilità di formare gruppi o strumenti di comparazione significativi per l'analisi della riproduzione culturale nello spazio e nel tempo. Inoltre, la storia giuridica globale deve essere attenta alla specificità della normatività come caso speciale di produzione culturale, alla alta tecnicalità e ai risultanti modi particolari di riproduzione del sistema culturale "diritto" nel tempo.

2.2 Storia giuridica globale come parte degli studi giuridici

Se la storia giuridica globale vede se stessa come appartenente alla ricerca scientifica giuridica, cioè come parte degli "studi giuridici", allora la stessa deve raccogliere gli interessi epistemici del dibattito delle scienze giuridiche.

30 Sulla storia globale generale vedi, per esempio, Sachsenmaier (2011), Hunt (2014) e Conrad (2016).

31 Vedi, per esempio, Halperín (2009), Letto-Vanamo (2011) e Duve (2014d).

Come tale, essa ha la possibilità di incorporare la propria ricerca storica in un discorso sull'evoluzione del diritto. Essa può contribuire alla ricerca giuridica, con i suoi propri scopi e obiettivi, i quali possono variare in relazione a differenti tradizioni e sistemi giuridici.

In un certo senso, tuttavia, essa deve fare ciò in un modo diverso da quello in voga nella tradizione europea della storia del diritto del 19. secolo; una tradizione fortemente modellata dagli interessi del diritto vigente e sempre a rischio di distorcere l'immagine del passato mediante l'applicazione di concetti contemporanei, i quali erano visti come espressioni di più alte verità universali.[32] In contrasto con ciò, la storia giuridica globale deve stabilire un dialogo tra comunità scientifiche provenienti da diverse culture e aree giuridiche in relazione alle loro concezioni e rappresentazioni del passato globale, così come a proposito delle loro aspettative su come questo passato modelli il futuro dei loro sistemi giuridici. Essa deve analizzare le storie giuridiche da una prospettiva globale, come pure esaminare la globalizzazione del diritto con uno specifico interesse a fornire una cornice concettuale, modelli teorici, e non ultimi strumenti di analisi per studiare l'evoluzione del diritto su una scala globale. Se ben svolto, questo può rivelarsi l'ambito di riflessione centrale sull'evoluzione del diritto sotto le influenze della globalizzazione, soprattutto, in stretta cooperazione con la teoria del diritto, la sociologia del diritto e altre scienze giuridiche fondamentali. Può aiutare a creare le precondizioni e posare le fondamenta per una dottrina giuridica transnazionale e, allo stesso tempo, adempiere ad una funzione critica all'interno del sistema giuridico.

2.2.1 Globalizzazione del diritto, scienza giuridica generale, e storia giuridica globale

Questo particolare metodo di sviluppo della storia giuridica globale riscuote attualmente molta fortuna, dato che oggi uno dei più importanti compiti della scienza giuridica consiste nell'analizzare e forse persino plasmare le trasformazioni fondamentali dei sistemi legali del mondo.[33] A causa della crescente globalizzazione, deregolamentazione e digitalizzazione delle nostre

32 In relazione a questa tradizione, vedi Duve (2012) e (2014b).

33 Vedi, per esempio, Hertogh (2008), Sieber (2010), Menkel-Meadow (2011), Michaels (2013), Zumbansen (2010) e (2012) e Darian-Smith (2013).

società, è andato avanti per decenni un processo di denazionalizzazione del diritto e della giustizia che delega sempre più spazio alla regolamentazione del settore privato. Ovviamente, e in contrasto con la sin troppo comune proclamazione, diffusa da ultimo negli anni Novanta, lo Stato non è morto. Comunque, in diversi ambiti della vita, accordi tradizionalmente conclusi sulla base dei diritti nazionali devono ora anche poggiare su cornici normative di regolamenti non statali e diritti non nazionali. Nuove norme e istituzioni decisionali non statali sono emerse, ad esempio nella regolamentazione di internet o negli sport. In effetti, questo sviluppo ha portato alcuni giuristi a parlare di *leges oeconomicae*, *lex digitalis*, *lex sportiva*, ecc.

Con questo sviluppo, nuove forme di risoluzione stragiudiziale hanno sostituito strumenti giudiziari statali; il forum shopping può essere praticato più ampiamente, con significative conseguenze economiche e giuridiche. In un processo parallelo, abbiamo assistito a un grande incremento nell'esportazione e importazione di diritto e servizi annessi sin dagli anni Novanta che ha significativamente portato avanti la causa del diritto angloamericano. Il lato problematico di questo sviluppo è stato evidente specialmente nei cosiddetti Paesi in via di sviluppo, che hanno sofferto delle conseguenze di quello che è considerato un nuovo imperialismo informale. Oltre alla valutazione politica che si può fare di questo processo, e a dispetto di recenti tendenze al rafforzamento dell'autorità statale, è piuttosto probabile che questo processo di transnazionalizzazione del diritto come pure l'emersione di nuovi accordi regolatori e modalità di regolazione siano destinati a durare. Essi necessitano di essere osservati, modellati e analizzati dagli studiosi che in qualche modo tentano di accompagnare questo processo in maniera critica e costruttiva.

Tuttavia, il fenomeno di una normatività non statale che trascende confini nazionali e spesso anche culturali non è ristretto soltanto al mondo dell'economia, dello sport, o a riforme neoliberali. Con la crescente diversità all'interno delle nostre stesse società, l'importanza di sfere normative indipendenti da una cornice giuridica nazionale, e talvolta persino separata da una cultura dominante nell'ambiente immediatamente circostante, sta divenendo percepibile nelle nostre vite quotidiane. Regole derivanti da convinzioni religiose sono vissute e imposte all'interno di ordinamenti giuridici nazionali di cui non sono parte integrante. Questi sviluppi pongono la questione di come ordini normativi e sistemi decisionali che sono divenuti indipendenti dalla struttura statale possono essere legittimati, controllati e integrati negli ordinamenti giuridici statocentrici esistenti e in divenire. A

causa di ciò, continuano a esserci vivaci dibattiti accademici, e possiamo osservare l'istituzionalizzazione di studi su « diritto globale » o « diritto transnazionale » attraverso programmi di ricerca, banche dati, riviste, collane editoriali e nuovi curricula.

Tuttavia, questa crescita non implica automaticamente l'emersione di una "dottrina giuridica transnazionale". Una tale dottrina non è meramente una sfida istituzionale, ma eminentemente una sfida *epistemica* e *teoretica*. Essa richiede la volontà e capacità di emanciparsi da vere e sperimentate categorie, metodi, principi – che possono non essere adeguati su scala transnazionale – come pure la ricerca di altri nuovi. Deve essere aperta a idee alternative di normatività, a differenti strutture interne di diritto e dottrina giuridica, e altresì a un ampio spettro di idee generate da accademici di diverse culture, perché una dottrina giuridica globale o transnazionale non può essere concettualizzata secondo la tradizione nazionale di un singolo partecipante in una discussione. Deve permettere a diverse culture giuridiche e tradizioni di entrare in dialogo l'una con l'altra, di collaborare sui temi di ricerca prima di processarli successivamente, e di permettere ai partecipanti di apprendere l'uno dall'altro. Questo scambio epistemico può comportare la generazione e l'accumulo di molto materiale che può sembrare "conoscenza non giuridica" e sviluppare, per farlo, relative infrastrutture di ricerca.

In aggiunta a ciò, la dottrina giuridica transnazionale pone altresì una sfida *teoretica*. Essa deve sviluppare i suoi propri concetti e metodi – e non solo adattare la "produzione globale di norme" ai propri sistemi giuridici e strutture intellettuali già esistenti. Deve chiedersi se e come possiamo concepire una cornice analitica che sia sufficientemente ampia, priva di presupposizioni culturali, aperta alle idee normative del mondo intero, benché questo in qualche modo porti a trattenere la sua forza analitica.[34]

Entrambi i tipi di sfide, l'epistemica e la teoretica, sono stati discussi pochi anni addietro, talvolta sotto il titolo di scienza giuridica generale, intendendo una disciplina che esamina elementi strutturali del diritto nel contesto della globalizzazione.[35] Tale discussione ha mostrato che una dottrina giuridica transnazionale che si conformi a questi canoni debba altresì essere particolarmente ricettiva verso le discipline accademiche "confinanti". In un certo senso, essa può basarsi solo su un approccio transdisciplinare.

34 Vedi, al riguardo, Duve (2014c).

35 Per esempio, Twining (2009).

Può persino rivelarsi una più ampia scienza delle norme o scienza della regolazione.

Precisamente qui si trova il punto di partenza per una storia giuridica globale come parte di una scienza giuridica generale, poiché le sfide epistemiche e teoretiche che affronta la scienza giuridica generale corrispondono a quelle della storia giuridica globale. Il potenziale intellettuale della storia giuridica globale è perciò relativamente grande: come disciplina, la storia del diritto, la quale si specializza nell'analisi dell'evoluzione del diritto in una varietà di contesti alquanto differenti, ha già a che fare con diverse delle questioni fondamentali oggetto di una scienza giuridica generale, e lo fa quotidianamente. In quanto ambito di ricerca interdisciplinare, la storia giuridica globale può fare da ponte e rendere disponibili strumenti chiave sviluppati specificamente per la scienza giuridica generale. Essa può anche fornire le precondizioni per un dialogo tra diverse culture giuridiche, tramite l'analisi delle loro tradizioni giuridiche, e offrendo una cronice per le discussioni.

2.2.2 Storie giuridiche globali critiche

Nella misura in cui la ricerca storico-giuridica possiede una dimensione *costruttiva*, la stessa svolge anche un altro importante compito: una funzione critica, talvolta persino *decostruttiva.*[36] Dato che ciascun ordinamento giuridico e ciascuna riformulazione e modellamento del diritto (*Rechtsfortbildung*) poggia su *path dependence* ("dipendenze dal percorso"), narrative di giustificazione e modelli esemplari derivati da esplicite o implicite concezioni del passato, ogni ordinamento giuridico è dipendente dal contesto. Un aspetto fondamentale della ricerca storica riguarda la rivelazione, disamina e, quando necessario, revisione di tali concezioni e comprensioni implicite.

Il discernimento delle "dipendenze dal percorso", peraltro, non obbliga necessariamente a un allontanamento dalla via percorsa; piuttosto, rafforzerà la consapevolezza di contingenza storica e quindi amplierà gli spazi di libertà. Da ultimo, ma non meno importante, la storia giuridica globale – intesa come disciplina che studia l'evoluzione del diritto, e con la propria capacità nell'analisi della medialità del diritto – dovrebbe essere interessata al pro-

36 Vedi Dubber (2015).

cesso di globalizzazione e digitalizzazione delle nostre società e ai relativi effetti sul sistema giuridico, ed esaminare queste trasformazioni da una prospettiva storica.

Le storie critiche del diritto hanno prodotto risultati importanti negli ultimi decenni. Esempi illustrativi di questa funzione critica sono stati forniti dalla storiografia del diritto internazionale.[37] Nello stesso filone, in anni recenti sono state pubblicate opere importanti in campi centrali e classici della ricerca storico-giuridica, come la storia del costituzionalismo o dei diritti umani, e la loro insistenza sul bisogno di generare prospettive globali e metodi necessari per ricostruire interconnessioni e interdipendenze.[38] Di fondamentale importanza è stata la critica relativa all'autorappresentazione della tradizione giuridica europea o occidentale. Qui la storia giuridica globale può, in certe circostanze, mettere in discussione il consenso di base della autorappresentazione occidentale e inaugurare un dialogo con quelle culture giuridiche attualmente impegnate in un processo di emancipazione da strutture intellettuali precedentemente egemoni.

3. Problemi metodologici

Sono quattro i problemi metodologici particolarmente rilevanti per una storia globale del diritto.

In primo luogo, a causa del bisogno di riconsiderare i tradizionali scenari spaziali della storia del diritto, la storia giuridica globale deve riflettere su come le storie del diritto locali e globali possono essere collocate in relazione l'una all'altra e che genere di spazi giuridici emergono da questa (glocalizzazione). In secondo luogo la Storia giuridica globale necessita di una terminologia per differenziare i vari tipi di normatività e le loro dinamiche di interazione (multinormatività). La storia giuridica globale deve impiegare una cornice analitica per la comparazione (tipologia). Infine essa deve sviluppare un metodo per la ricostruzione di un processo di appropriazione della normatività in movimento (traduzione).

37 Cfr. Fassbender, Peters (2014).

38 Moyn (2010), Clavero (2014) e (2015).

3.1 Spazi giuridici

Il primo approccio metodologico prende avvio dal problema del come la dimensione locale e quella globale siano collegate l'una con l'altra: in ultima analisi, si tratta di individuare quali siano gli "spazi giuridici" soggiacenti alla ricerca.[39]

In passato, nella storia del diritto transnazionale la tensione tra i due poli è stata per lo più smorzata attraverso una riduzione localistica o diffusionistica: l'accertamento del diritto veniva spiegato solamente in base alle circostanze locali, o si volgeva lo sguardo solamente verso la diffusione di un determinato corpus legislativo o di determinati metodi, e quindi si parlava, ad esempio, del "trionfo del diritto romano" ovvero della vigenza mondiale del BGB, del Code Civil, e così via. Entrambe queste riduzioni servivano, non da ultimo, a soddisfare gli interessi delle storiografie nazionali. Tuttavia, nonostante l'importante apporto conoscitivo che hanno realizzato, esse si rivelano entrambe, in fin dei conti, intellettualmente insoddisfacenti.

Una storia globale del diritto ha il compito e l'opportunità di rendere feconda tale tensione. Essa non può prescindere, innanzitutto, da un quadro di riferimento potenzialmente globale della propria ricerca. Dal momento che, almeno dalla prima età moderna, dobbiamo presupporre una presenza sempre più estesa, in taluni settori persino globale, di offerte normative che furono sviluppate, in misura non trascurabile, in Europa, le quali, successivamente, furono comprese in forme differenti in diverse parti del mondo e forse anche integrate nei propri sistemi, il quadro di riferimento di una storia giuridica globale o transnazionale deve anzitutto essere tanto esteso quanto lo spazio fin dove giunse la comunicazione. Si tratta pertanto di concepire spazi giuridici adeguati al problema. Solo attraverso una prospettiva potenzialmente globale possiamo osservare ad es. gli imperi della prima età moderna, gli spazi di comunicazione come l'Atlantico o il Pacifico, i territori delle missioni ovvero i processi, ai quali si assiste nel 19. secolo, di impeto egemonico delle potenze europee sul piano politico, economico e culturale nonché i complessi intrecci normativi che lo accompagnarono anche nell'ambito del diritto. Questo non vuol dire, naturalmente, scrivere una storia del diritto mondiale: non sono prese in considerazione intere regioni, bensì solo determinati luoghi in determinati momenti storici. Molti

39 Cfr. a tal proposito Ehlers (2016).

contributi non supereranno nemmeno un'area spaziale limitata e circoscritta. Tuttavia, lo spazio analitico delle ricerche transnazionali non deve essere ristretto *a priori* entro determinate unità come ad esempio i continenti. Anzi, è proprio così che si contravverrebbe ad una prospettiva storico-globale.

Nel contempo è necessario dare la priorità, dal punto di vista metodologico, alla dimensione locale. Poiché è soltanto in relazione all'unità più piccola, alla dimensione locale, luogo dell'accertamento del diritto, che si possono ricostruire i processi di creazione del diritto. Solo a partire da quella dimensione si possono scoprire le connessioni regionali o globali.

Questa necessità di dare priorità alla prospettiva locale è stata più volte discussa nel dibattito storiografico generale[40] o nella diagnosi di "glocalizzazione".[41] Tuttavia essa deriva anche, in particolar modo, dal carattere peculiare dell'oggetto stesso di ricostruzione storico-giuridica: il diritto. Se si prendono le mosse da un concetto di diritto fondato sulla scienza empirica e sperimentale (e questo attualmente dovrebbe essere comunque il fondamento ineludibile della tradizione occidentale) allora il "diritto" che noi ricostruiamo non è un ordinamento in qualche modo predeterminato e oggettivamente esistente. Oggetto di analisi storico-giuridica non può che essere, piuttosto, la comunicazione tra i soggetti interessati su che cosa sia da considerarsi giusto o non giusto. Se si prescinde ad un tempo dalla problematica, di cui si dirà in seguito, della distinzione tra diverse modalità di normatività e si parla semplicemente di "diritto" allora si deve poter ritenere, per le finalità che interessano in questa sede, che l'oggetto della nostra osservazione storica è costituito da modelli regolativi la cui pretesa vincolante è più o meno riconosciuta, i quali in modo più o meno competente sono attivati in contesti giuridico-istituzionali e con i quali si deve fare i conti nell'ambito delle contingenze del mondo sociale. La storia del diritto è pertanto una successione di gradi di consapevolezza, documentati attraverso la lingua, della comunità di comunicazione di coloro i quali sono coinvolti nel diritto e nella Costituzione.[42] Inoltre, poiché il diritto non è trasmesso solo mediante la lingua, bensì consta di una complessa simbologia sociale, dobbiamo avere cura di ricostruire i contesti che servono a conferire significato a tale sistema di simboli, al contempo linguistico ed extralinguistico.

40 Si veda ad es. Davis (2011).
41 Robertson (1995).
42 Stolleis (1997) 22.

Questo processo di costituzione del significato di qualcosa che è poi denominato "diritto" ovvero anche in altro modo, ha luogo ogniqualvolta venga formulato un enunciato normativo. Finora se ne è discusso più intensamente in riferimento al perfezionamento giurisprudenziale del diritto, nell'ambito della discussione inerente ai *legal transplant*, in parte, anche nel contesto interculturale. Si evidenzia così da lungo tempo, nel contesto di analisi del processo decisionale dei giudici, che l'atto di « accertamento del diritto » ovvero di « applicazione del diritto » sarebbe essenzialmente un atto di creazione del diritto.[43] Per questo si sottolinea anche l'importanza del « sapere comune » che regola i processi decisionali. L'accertamento del diritto, in tal modo, diviene addirittura « gestione (*management*) della coerenza della regolarità giuridica ed extragiuridica ».[44] Se si traspongono queste idee dal contesto della concretizzazione della norma nell'ambito della decisione giudiziaria alla concretizzazione della norma mediante selezione e appropriazione di determinate offerte normative, ciò significa che quest'ultima, nella ricostruzione storica delle vicende appropriative, deve porre il fulcro della propria attenzione sulle condizioni dei processi di riproduzione.

Decisive sono pertanto le circostanze dell'atto di costituzione del significato, mentre lo sono meno i modelli.[45] La ricostruzione storico-giuridica deve quindi ricostruire l'*epistemic and communicative setting* complessivo dell'accertamento del diritto, e questo è possibile soltanto nell'ottica della concreta situazione locale.

Conferire priorità alla dimensione locale significa quindi conferire priorità alla prassi locale. Per prassi locale non si intende ovviamente la sola prassi giudiziaria, bensì ogni uso locale concernente l'atto di creazione del diritto o di riproduzione della normatività. Si tratta, in questo caso, di « prassi » nel senso di *embodied practice*, che comprende anche il patrimonio conoscitivo implicito, le pratiche cerimoniali o altre pratiche.[46] Essa può imprimere un determinato indirizzo alla redazione di una legge o di un libro, all'atto di giudicare, ovvero a un dibattito o alla pittura di un quadro determinante, che proprio nelle cosiddette società premoderne può rappre-

43 Cfr. Esser (1972). A risultati simili perviene anche la dottrina della *Fallnorm* (norma del caso), cfr. Fikentscher (1975–1977) 180 ss.; nella letteratura più recente sulla teoria del diritto, con ulteriori riferimenti, Vesting (2015) 195.

44 Vesting (2015) 228 ss., 240.

45 White (1990), in part. 229 ss.; ivi, circa l'identità di interpretazione e traduzione.

46 Una visione d'insieme, con ulteriori riferimenti, in Reckwitz (2003).

sentare un contributo importante alla comunicazione sul diritto. Certamente si pongono, a seconda del momento storico e del tipo di comunicazione riprodotta, anche requisiti propri: la riproduzione di una teoria complessa o di una dogmatica giuridica di elevato livello tecnico da parte di esperti spesso formatisi nella « cultura di partenza o di origine » dovrebbe essere quasi identica ad una implementazione.[47] Tuttavia questo sembrerebbe rappresentare l'eccezione piuttosto che la regola, persino con riguardo ai *bicultural* o *semiperipherical jurists*.

Quali spazi giuridici sono il risultato di una storia del diritto attenta ai fenomeni di "glocalizzazione"? Si dovrebbe comunque trattare di spazi giuridici fluidi: sono storicamente instabili e si modificano con l'intensità della comunicazione sul diritto. In determinati momenti e casi sono forse costituiti soltanto da punti collegati gli uni agli altri soltanto da linee. Se si pensa, ad esempio, all'espansione europea agli albori dell'età moderna si possono disegnare delle mappe giuridiche, sulle quali i punti di appoggio per il commercio o gli insediamenti in diversi continenti sono collegati tra di loro attraverso vie di navigazione, forse addirittura separate completamente dal rispettivo entroterra. Tra Madrid, il Messico e Manila si può delineare un spazio giuridico stretto, a forma di corridoio, che si estende su tre continenti, nel quale missionari e commercianti, élites amministrative e soldati avevano nozioni e prassi giuridiche simili ed erano in contatto gli uni con gli altri, rispettandosi reciprocamente. Tuttavia, erano veri e propri mondi quelli che li separavano, forse, nel caso del Messico e di Manila, dagli spazi giuridici dei cosiddetti popoli indigeni, situati dinanzi alle porte delle città. Soltanto quando la comunicazione sul diritto si intensificò e fu accompagnata dall'uniformazione di idee e pratiche, avrebbe preso forma, a partire da tali reti di punti, qualcosa di simile a una carta geografica con superfici riempite, così come la conosciamo dagli atlanti politici o giuridici dell'epoca dello Stato nazionale, con la sua pretesa di validità realizzata graficamente. Sono soltanto tali spazi giuridici, flessibili e instabili, costituiti dalla combinazione di osservazioni puntuali, a sfuggire alla auto-contraddittorietà di constatazioni come quella secondo cui « anche l'America Latina appartiene all'Europa ».[48]

47 Cfr. Canaris (1992).

48 Cfr. Bucher (2004) 515: « in tal modo, in base al criterio del diritto privato, tutte le regioni del mondo rientranti nella tradizione giuridica europea (continentale), vale a dire l'America latina e in parte il Vicino e l'Estremo oriente, diventano parti dell'Europa ».

3.2 Traduttologia

Un secondo problema metodologico di una storia del diritto attenta ai reciproci intrecci tra ordinamenti giuridici consiste nello sviluppare un metodo che aiuti ad analizzare l'elemento specifico della vicenda appropriativa e riproduttiva in riferimento alla normatività. Si tratta, in ultima analisi, di uno sguardo approfondito su ciò che si è delineato nel contesto delle riflessioni sulla teoria dell'accertamento del diritto come punto di partenza di un metodo della "glocalizzazione". Se la costituzione del significato avviene in loco ed in ciascun atto di appropriazione e da questo derivano spazi giuridici, come possiamo allora analizzare quello che accade durante tali processi appropriativi?

Anche in questo caso, la storia globale del diritto può ricorrere ad una lunga tradizione storiografica giuridica. Per decenni, tali processi di scambio normativi sono stati denominati con il concetto di recezione. L'impronta reificante e diffusionistica della tradizione storiografica inerente alla recezione ha tuttavia lasciato poco spazio all'analisi dei processi creativi di riproduzione, così come sono stati abbozzati più sopra in relazione alla concretizzazione delle norme.[49] Anche le nozioni, intensamente discusse, di trapianti giuridici e di transfer giuridico originatesi dal diritto comparato e successivamente prese in seria considerazione dalla ricerca storico-giuridica, mirano alla descrizione e analisi del trasferimento del diritto da una cultura di origine (o di partenza) a una cultura di arrivo (o di destinazione).[50] Dagli anni settanta ci si è interessati in misura crescente a questi fenomeni di circolazione dei modelli, soprattutto nel dibattito sulla teoria dei *legal transplant* elaborata da Alan Watson, da quel momento e fino ad oggi discussa in modo controverso.[51] La polarizzazione tra i due estremi – una tendenza reificante della teoria e una negazione radicale di tutte le possibilità di trasferimento a partire dal contesto storico culturale di origine – ha deter-

49 In merito alla critica, più esaurientemente, Duve (2012). Cfr. tuttavia, attualmente, le interessanti e fondamentali riflessioni di Avenarius (2014).

50 Una visione d'insieme in Menski (2006) 50 ss. Il dibattito è accessibile in Nelken, Feest (2001) nonché nel fascicolo dedicato al tema dei *Theoretical Inquiries in Law* 2009*: Histories of Legal Transplantations*, vol. 10 (2).

51 Cfr. visione d'insieme in Graziadei (2006). Critica in Legrand (1997) e (2001); Legrand, Munday (2003); Cotterrell (2001). A Lawrence Friedman sembrava, già nel 2001, che « attacking Watson » fosse « like shooting a fish in a barrel », Friedman (2001) 93.

minato, come conseguenza, che non si sia elaborata una euristica della vicenda appropriativa e in particolare dei fattori che la determinano. Anche la teoria dei sistemi, come pure una storia del diritto praticata sulla base della teoria dei sistemi, si sono occupate del concetto di *transfer.* Conformemente alla propria indagine conoscitiva ci si interrogava tuttavia anche in quella sede sugli effetti di tali processi di trasferimento sul sistema giuridico.[52]

Una via di uscita da questo blocco tenuta in sempre maggiore considerazione è rappresentata dagli approcci traduttologici.[53] Anche qualora non si voglia considerare tutti gli studi transculturali come un problema di traduttologia (*translation*),[54] dovrebbe risultare evidente che un accesso informato in relazione alle scienze linguistiche e della cultura è indispensabile proprio per una storia globale del diritto,[55] basandosi su ciò che Peter Burke ha teorizzato con il termine *cultural translation*.[56] Il punto di partenza nel caso dei processi traduttivo-traspositivi, vincolati alla lingua, di gran lunga prevalenti nell'ambito del diritto, presenta il vantaggio che la ricostruzione deve per forza avvenire nel contesto delle pratiche sociali; un approccio traduttologico conferisce priorità alla situazione locale, agli aspetti translinguistici e agli interrogativi prasseologici e aiuta la necessità, motivata più sopra, di ricostruzione della vicenda appropriativa dalla prospettiva della dimensione locale. Esso ben si adatta, in un certo qual modo, alla teoria dell'accertamento del diritto più sopra delineata.

Intendere i processi riproduttivi come vicenda traduttivo-traspositiva aiuta a rendere accessibili, oltre al patrimonio conoscitivo implicito, anche i contesti istituzionali e le garanzie di vigenza simbolico rituali, i condizionamenti mediali e le forme nelle quali si materializza il sistema di significati di "diritto". Le convenzioni e connessioni culturali, la cui importanza è sotto-

52 Fögen, Teubner (2005); cfr. anche i dibattiti ospitati nei numeri 7 e 8 di *Rechtgeschichte*, ad es. Seckelmann (2006).

53 Cfr. ad es. Kalverkämper (2009); circa la prassi translinguistica con alcuni riferimenti alla normatività e allo *state-building,* Liu (1995). Dalla prospettiva della storia del diritto, attualmente, Foljanty (2015).

54 Cfr. Liu (1995) 1: « Strictly speaking, comparative scholarship that aims to cross cultures can do nothing but translate ».

55 Cfr. circa l'efficacia dell'approccio per la scienza giuridica Langer (2004); cfr. anche White (1985) e (1990).

56 Una visione d'insieme, più dall'angolo visuale della storia dei concetti, in Richter (2012). Sulla *Cultural Translation* Bassnett (1998), particolarmente Burke (2005), (2007), (2009a), (2009b) part. 55 ss. e (2012).

lineata non solo dal metodo storico generale, dalle scienze linguistiche, bensì anche dalle analisi sociologiche e di teoria del diritto inerenti ai processi di creazione del diritto, potrebbero essere compresi in modo particolarmente fecondo attraverso l'euristica della *cultural translation*. Il fatto che la storia del diritto possa essere complessivamente considerata proprio come un grande processo diacronico di trasposizione linguistica,[57]conferisce ulteriore fascino alla prospettiva traduttologica.

3.3 Multinormatività

Il terzo problema metodologico tocca l'interazione tra diversi sistemi normativi che ha luogo, in particolare, all'interno di spazi imperiali o costellazioni coloniali. La conseguente sovrapposizione tra sfere normative, la loro coesistenza ed interazione è uno dei temi centrali della storia giuridica globale e una problematica centrale nei dibattiti in corso negli studi giuridici.[58] Come possiamo comunicare adeguatamente su queste diversissime sfere normative senza distorcere le formazioni storiche che stiamo analizzando? Come possiamo comprendere il loro riprodursi? E come possiamo analizzare le dinamiche di interazione tra queste sfere normative?

Per farlo è necessario ricorrere ad una terminologia adeguata per una analisi interculturale delle sfere giuridiche – ciò che viene spesso dibattuto sotto il titolo "pluralismo giuridico" e simili denominazioni (a). Tuttavia, in ragione del fatto che il significato viene prodotto in specifici contesti locali, è necessario integrare le sfere normative (che non sono abitualmente considerate in tali cornici concettuali) come le normatività che guidano lo stesso processo di produzione del significato (b). In aggiunta, per rendere analiticamente fruttuoso il concetto di "pluralismo normativo e giurisdizionale", la storia giuridica globale necessita di modelli di analisi che aiutino a capire le dinamiche di (ri)produzione normativa in costellazioni sociali caratterizzate dalla diversità (c).

La combinazione di questi approcci analitici che si concentrano sulle differenti sfere normative, sulle regole che guidano e sottostanno alle prassi

57 Stolleis (2008) 18 ss. e 41 s.
58 V. per esempio Berman (2014).

culturali, e sulle dinamiche di produzione culturale in contesti sociali caratterizzati dalla diversità è definito come "multi-normatività".[59]

3.3.1 Pluralismo giuridico, normativo e giurisdizionale

Il primo elemento si riferisce a un problema metodologico generale della ricerca storico-giuridica che la storia giuridica globale pone in una maniera specifica: ogni manifestazione di normatività – diritto, costume, ecc. – è parte di un più ampio contesto di normatività. Tuttavia, come si struttura questo ambito, come si possono descrivere le parti di questi ordinamenti senza cadere in un sistema classificatorio distorsivo come, per esempio, una prospettiva legalistica eurocentrica e stato-centrica?

Questioni analoghe hanno preoccupato le tradizioni socio-giuridica, teorico-giuridica e storiografico-giuridica per un certo tempo. Ma, sotto i condizionamenti della globalizzazione, le stesse hanno acquistato un rinnovato senso di urgenza.[60] Venendo agli studi globali, è necessario trovare un linguaggio adatto, capace non solo di fare da schermo contro proiezioni moderne od occidentali, ma anche di catturare la diversità. C'è bisogno di fare spazio per tradizioni linguistiche e concettuali molto differenti e per le loro idee di normatività, dietro le quali giacciono nascosti sistemi potenzialmente incommensurabili. Perciò l'ambito non può permettersi di essere strutturato in termini di logica binaria, di, per esempio, "diritto" e "non-diritto", o prendere le mosse da un concetto di diritto statalista collocato al proprio centro, dal quale quindi altre manifestazioni di normatività sono tenute al di fuori, come è stato il caso nella tradizione europea.

Sotto il titolo di "pluralismo giuridico" vengono spesso portati avanti dibattiti sulla diversità di rilevanti sfere normative. Qui stiamo parlando di un concetto che è stato usato per più di quarant'anni, anzitutto da antropologici e sociologi del diritto, come pure da teorici del diritto, e che è stato usato dagli storici con maggiore frequenza nel corso degli ultimi quindici anni per descrivere situazioni in cui ordinamenti giuridici coesistenti, derivanti da diverse fonti, occupano gli stessi spazi sociali. Il concetto impiegato, talvolta descrittivamente, è caricato di senso politico-normativo; ci sono distinzioni tra pluralismo giuridico "forte" e "debole", ed esso viene impie-

59 Vedi Duve (2017b).
60 V. per esempio Alford (1997).

gato diversamente nel contesto di ambiti sociali molto diversi. Dieci anni fa, uno dei più autorevoli rappresentanti del dibattito, John Griffith, ha suggerito che sarebbe meglio semplicemente evitare il termine "diritto", al posto del quale egli ha invece suggerito il termine « pluralismo normativo ».[61] Inoltre Lauren Benton, che ha introdotto questo termine nei dibattiti storico-giuridici, è recentemente pervenuto a preferire la denominazione « pluralismo giurisdizionale ».[62] Altri potenziano l'idea di « ibridazione » e analizzano il « pluralismo giurisdizionale » da questa prospettiva.[63]

La discussione attorno a questo concetto ha scardinato le prospettive monistico-stataliste, e ci ha aperto gli occhi sulla normalità storica della coesistenza di sfere normative e sulla possibile competizione tra esse. Nonostante questi importanti effetti positivi, alcuni assunti generalizzanti sulla natura del "giuridico" e del "pluralismo", e frequenti riferimenti a situazioni e prassi attuali (come il "forum shopping") ha portato a una certa semplificazione delle complesse e profondamente diverse modalità "premoderne" di organizzare la giustizia. Ci seducono, ad esempio, nel ritenere ingenuamente che la scelta dei tribunali implica sempre una scelta del diritto, e inoltre che specifiche giurisdizioni possono essere identificate con specifici insiemi di regole: qualcosa che storicamente parlando non è necessariamente accaduto. Oltre a ciò, ci sono ragionevoli dubbi sulla potenza analitica del concetto, se lo stesso non viene messo in relazione con una situazione concreta capace di spiegare la dinamica di produzione e interazione normativa.[64] Altri concetti come « intergiuridicità » sembrano, sotto questo profilo, più promettenti.[65] Questo dibattito, comunque, ha indubbiamente prodotto ausili utili nel momento in cui si giunge alla descrizione delle varie forme di normatività di cui la storia giuridica globale dovrebbe occuparsi. Per esempio, Brian Z. Tamanaha ha proposto una struttura pragmatica di comunicazione per mezzo di ciò che egli chiama « arene socio-giuridiche pluralistiche ». Egli esplicitamente non pretende in tal modo di proporre una teoria di diritto inter o transculturale. Distingue tra: sistemi giuridici ufficiali, sistemi normativi consuetudinari/culturali, sistemi normativi funzionali e sistemi normativi

61 Griffith (2006).
62 Benton, Ross (2013).
63 Donlan, Heirbaut (2015).
64 Von Benda-Beckmann (2009).
65 Hoekema (2005).

comunitari/culturali. In relazione allo status di tali sfere, lo stesso autore rimarca:

> si sovrappongono, ci sono casi di confine, avrebbero potuto essere tracciate delimitazioni diverse, e diverse categorie avrebbero potuto essere create. Il valore di questa struttura dipende interamente dalla sua possibilità di fornire un metodo utile per avvicinare, studiare e comprendere situazioni di pluralismo giuridico.[66]

Partendo dalla sua esperienza con il diritto islamico e indù, nel corso degli anni Werner Menski ha sviluppato un interessante e avvalorato modello interculturale di diverse forme di normatività basate su un punto di partenza completamente diverso.[67]

3.3.2 Convenzioni

Designare differenti sfere di normatività e trovare un linguaggio comune per esse è già un passo importante. Tuttavia, questa terminologia necessita di essere accompagnata da uno strumento di analisi permetta di rendere visibile un'altra dimensione normativa che è vitale per il processo di produzione di significato, benché non appartenga a regole primarie o secondarie nel senso di H.L.A. Hart. La stessa riguarda le premesse di fondo, le prassi accettate e perciò in qualche modo stabili circa le normatività che concernono tutti i tipi di riproduzioni culturali e perciò concernenti anche la produzione di enunciati normativi, e che peraltro rimangono completamente implicite. Come possiamo afferrare ed integrare queste normatività – "regole terziarie" se si vuole – nella nostra analisi?

Chi si occupa di storia del diritto incontra numerosi esempi della grande importanza che tali sfere normative possono ricoprire. Per esempio, il tacito consenso che riguarda l'implementazione appropriatamente selettiva di norme, in generale o in alcuni casi specifici,[68] o del quasi tacito consenso su fattori che sono apparentemente importanti per l'amministrazione della giustizia in circostanze concrete, quali l'affiliazione etnica, lo stile di vita, l'appartenenza a una certa confessione religiosa.[69] Inoltre regole cerimoniali

66 Tamanaha (2010).
67 Menski (2012).
68 Nel contesto del diritto ispanoamericano della prima modernità, v. per esempio Duve (2007).
69 Ad es. Herzog (2003).

e tecniche, dettate dal gusto o dalla moda, parimenti vi appartengono, nella misura in cui non sono già incluse nell'area di ciò che si può considerare "pluralismo normativo" e quindi parte delle sfere normative generalmente indicate sotto il nome di "pluralismo giuridico". Forse sono queste forme di normatività (spesso estranee all'analisi storico-giuridica) che possono offrire una chiave per comprendere alcune delle logiche della produzione di normatività o del processo decisionale.

Alcuni di questi fenomeni sono stati approcciati dalla più recente « sociologia delle convenzioni » francese.[70] Qui le convenzioni sono intese in termini di cornici interpretative che coordinano situazioni operative. Queste convenzioni si sviluppano sulla base di situazioni concrete e possono stabilizzarsi in strutture di collegamento. Esse sono legate a specifiche forme di cognizione ed applicate con un intento normativo. I riflessi concettuali di questa sociologia delle convenzioni appaiono piuttosto utili nel ricostruire il complesso processo di produzione della normatività, specialmente nel contesto delle "glocalizzazioni". Le stesse possono fornire alla storia del diritto gli strumenti per analizzare società differenti e complesse con una pluralità di corpi che producono diritto e quindi basantesi su differenti prassi culturali.

3.3.3 Dinamiche

La combinazione di queste due prospettive – l'approccio normo-teorico di "pluralismo normativo e giurisdizionale" e l'approccio maggiormente di teoria dell'azione della "sociologia delle convenzioni" – incrementa le possibilità di descrivere la complessità degli ordini normativi, come pure il processo di appropriazione dell'area della normatività. E tuttavia le due prospettive, per quanto utilizzate congiuntamente, non catturano le dinamiche che portano ai processi di (ri)produzione della normatività, particolarmente in ambienti differenti.

Anzitutto, anche quando combinate, quelle prospettive non sfuggono al pericolo di essenzializzare le sfere normative come se queste fossero stabili. Gli studi culturali e la scienza sociale, per contro, hanno mostrato che la produzione di normatività da parte di gruppi può essere compresa solo dinamicamente, situazionalmente e relazionalmente. Perciò l'analisi di que-

70 Diaz-Bone, Thévenot (2010); Diaz-Bone, Didry, Salais (2015).

ste sfere normative deve essere accompagnata da una riflessione sulle dinamiche della produzione di normatività in un contesto caratterizzato dalla diversità. Se si vuole, per esempio, mettere assieme un'immagine degli ordini normativi dei popoli indigeni sotto il dominio coloniale, ciò non sarebbe possibile a meno che i meccanismi di costruzione dell'etnicità non vengano presi in considerazione.[71] Similmente, lo status legale degli ebrei nel medioevo, o dei luterani nelle società cattoliche della prima età moderna, per esempio, possono essere compresi solo studiando le condizioni sotto le quali questi – relazionalmente e situazionalmente – costituivano se stessi come gruppo, e sono costruiti culturalmente e normativamente nelle interazioni con gli altri gruppi.[72]

Se si vuole comprendere le società complesse e le forme nelle quali i loro regimi regolatori si riproducevano, la storia giuridica globale necessita di essere basata sul sapere scientifico sociale impegnato nell'analisi di queste dinamiche, per esempio, nei dibattiti in corso sulla delimitazione dei confini etnici e sulla convivialità.[73]

3.4 Tipologia

Un altro problema fondamentale connesso con la ricerca storica (giuridica) e con la ricerca comparatistica (giuridica) che la storia giuridica globale pone in forma più intensa, consiste nella integrazione della casistica storica in una cornice analitica significante.

La dottrina storico-giuridica europea ha lavorato primariamente con l'ausilio degli idealtipi di Max Weber. Il metodo di ispirazione weberiana relativo alla formazione di idealtipi necessita di essere distinto dai tipi concreti che lo stesso Max Weber ha creato, l'ultimo dei quali è stato criticato nell'ambito del dibattito post-coloniale a causa della base empirica comparativamente limitata e per il suo carattere eurocentrico.[74] Questa critica ricorda alla storia giuridica globale di fare ogni sforzo per comporre accuratamente e rigorosamente tipi decentralizzati, vale a dire non far derivare gli idealtipi da una sola pre-concezione estrapolata da un contesto, per esempio,

71 V. per esempio Rappaport (2014).
72 Nirenberg (2013).
73 Wimmer (2013); Vertovec (2015).
74 V. per esempio Marsh (2000).

dall'esperienza europea. Sino a che punto la dottrina dei tipi vada essa stessa intesa in termini di assunti epistemici collegati al pensiero neokantiano, e quindi in termini di particolari contingenza culturali, è un tema bisognoso di ulteriore discussione. Mentre per gli europei lo stesso modo di produrre idealtipi può sembrare evidente, altre comunità epistemiche ben possono vedere le cose diversamente.

Se si è in cerca di idealtipi adatti per gli scopi specifici della storia giuridica globale, allora la recente ricerca sulla *governance* orientata all'analisi sembra alquanto promettente. La stessa è concentrata, in primo luogo, sul rinvenire un insieme di strumenti per descrivere ed analizzare prassi e istituzioni di *governance* alla luce della transnazionalizzazione del diritto. Sono qui di primario interesse le istituzioni e le strutture regolatorie appartenenti ai « collettivi di *governance* », anche indicati come « collettivi regolativi ». La proficuità di uno scambio tra questi campi di ricerca e la ricerca storica è stata recentemente enfatizzata da entrambi i lati.[75] Potrebbe essere il punto di partenza per un dialogo ulteriore con lo scopo di sviluppare un linguaggio adatto ad analizzare la *governance* in un contesto interculturale che può offrire interessanti strumenti analitici per la storia giuridica globale.

4. Considerazioni conclusive

Come è spesso avvenuto in seguito alla loro differenziazione in quanto proprie discipline giuridiche speciali,[76] la storia del diritto e la comparazione (storico-) giuridica dovrebbero trovarsi nuovamente, anche oggi, di fronte a sfide simili: i problemi metodologici appena abbozzati in questa sede non impegnano soltanto la storia del diritto come disciplina, bensì tutti i giuristi che operano con il metodo comparativo. Il lavoro inerente alla storia del diritto trova in questa sede un naturale ambito di riferimento nella nascente scienza del diritto transnazionale come pure della comparazione giuridica.

Una riflessione più intensa sulla complessità della costituzione di spazi giuridici dovrebbe inoltre contribuire a superare il contrasto, da lungo tempo latente e solo apparente, tra metodo comparativo storico o giuridico riflesso metodologicamente e i metodi che puntano primariamente sulla

75 Esders, Schuppert (2015).

76 Cfr. in proposito ad es. Coing (1968), Zimmermann (2001); Ranieri (2007); Vogenauer (2012).

ricostruzione di processi di intreccio (e sovrapposizione). Il diritto comparato non può costruire le proprie unità di comparazione senza ricorrere agli studi inerenti a intrecci e sovrapposizioni, né può una storia degli intrecci "cavarsela" facendo del tutto a meno delle categorie della comparazione.

Si apre un vasto campo di discussione tra scienza giuridica comparatistica, scienza storica comparata del diritto e una storiografia del diritto in prospettiva storico-globale.

Bibliografia

Alford, William P. (1997), Law, law, what law? Why Western scholars of Chinese history and society have not had more to say about its law, in: Modern China, 23, 398–419

Bassnett, Susan (1998), The Translation Turn in Cultural Studies, in: Bassnett, Susan, André Lefevre (a cura di), Constructing Cultures. Essays on Literary Translation, Clevedon, Philadelphia (PA), Toronto, Sydney, Johannesburg, 123–140

Bayly, Christopher A. (2004), The Birth of the Modern World, 1780–1914. Global Connections and Comparisons, Malden (MA)

Becker Lorca, Arnulf (2014), Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842–1933, Cambridge

Benda-Beckmann, Franz von (2009), Gefangen im Rechtspluralismus: Zum Umgang mit Normkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen, in: Kötter, Matthias, Gunnar Folke Schuppert (a cura di), Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, Baden-Baden, 169–189

Benton, Lauren (2010), A Search for Sovereignty. Law and Geography in European Empires, 1400–1900, Cambridge, New York

Benton, Lauren (2012), AHR Forum. Law and Empire in Global Perspective. Introduction, in: The Hispanic American Historical Review, 117, 1092–1100, http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747–4469.2012.01299.x/epdf

Benton, Lauren A., Richard J. Ross (a cura di) (2013), Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, New York, London

Berman, Paul Schiff (2012), Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders, Cambridge, New York

Bourgon, Jérôme (2002), Uncivil Dialogue: Law and Custom did not Merge into Civil Law under the Qing, in: Late Imperial China, 23, 50–90, https://muse.jhu.edu/journals/late_imperial_china/v023/23.1bourgon.pdf

Bucher, Eugen (2004), Zu Europa gehört auch Lateinamerika!, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 3, 515–547

Burke, Peter (2005), Lost (and Found) in Translation: A Cultural History of Translators and Translating in Early Modern Europe, Wassenaar
Burke, Peter (2007), Cultures of translation in early modern Europe, in: Burke, Peter, Ronnie Po-Chia Hsia (a cura di) (2007), Cultural Translation in Early Modern Europe, Cambridge, New Yok (NY), 7–38
Burke, Peter (2009a), Translating Knowledge, Translating Cultures, in: North, Michael (a cura di), Kultureller Austausch. Bilanz und Perspektiven der Frühneuzeitforschung, Köln, 69–88
Burke, Peter (2009b), Cultural Hybridity, Cambidge-Malden (MA)
Burke, Peter (2012), A Social History of Knowledge, vol. 2: From the Encyclopédie to Wikipedia, Cambridge
Canaris, Claus-Wilhelm (1992), Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Leser, Hans G., Tamotsu Isomura (a cura di), Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, Berlin, 59–94
Cassi, Aldo Andrea (2004), *Ius commune* tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terra, oro nel diritto della *conquista* (1492–1680), Milano
Christian, David (2010), The Return of Universal History, in: History and Theory, 49, 6–27, http://www.jstor.org/stable/41300047
Clavero, Bartolomé (2005), Freedom's Law And Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas, Boalt Hall (CA)
Clavero, Bartolomé (2014), Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos, Madrid
Clavero, Bartolomé (2015), ¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?. (A propósito de los *Usos de la Historia* de Samuel Moyn y de sus críticos), in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 44, 1075–1109, http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/44/1086.pdf
Coing, Helmut (1968), Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 32, 1–20
Comaroff, Jean, John L. Comaroff (2012), Theory from the South. Or, how Euro-America is evolving toward Africa, Boulder (CO)
Conrad, Sebastian (2016), What is Global History?, Princeton (NJ)
Costa, Pietro (2013), Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal Historians, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 35, 272–282
Cotterrell, Roger (2001), Is There a Logic of Legal Transplants?, in: Nelken, David, Johannes Feest (a cura di), Adapting Legal Cultures, Oxford, Portland (OR), 70–92
D'haen, Theo (2016), Worlding the Social Sciences and Humanities, in: European Review, 24, 186–199, http://journals.cambridge.org/download.php?file=%2F2151_02D9FB12E04EB9E5D415612B8917448A_journals_ERW_ERW24_02_S106279871500054Xa.pdf&cover=Y&code=4471c1ecc68ee516a239898b8d35813a
Darian-Smith, Eve (2013), Laws and Societies in Global Contexts. Contemporary Approaches, Cambridge

Davis, Natalie Zemon (2011), Decentering History: Local Stories and Cultural Crossings in a Global World, in: History and Theory, 50, 188–202

Diaz-Bone, Rainer, Claude Didry, Robert Salais (2015), Conventionalist's Perspectives on the Political Economy of Law. An Introduction, in: Historical Social Research, 40, 7–22, https://doi.org/10.12759/hsr.40.2015.1.7–22

Diaz-Bone, Rainer, Laurent Thévenot (2010), Die Soziologie der Konventionen. Die Theorie der Konventionen als ein zentraler Bestandteil der neuen französischen Sozialwissenschaften, in: Trivium, 5, https://trivium.revues.org/3557

Donlan, Seán Patrick, Dirk Heirbaut (2015), The Law's Many Bodies: Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600–1900, Berlin

Dubber, Markus D. (2015), New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law, in: Critical Analysis of Law, 2, 1–18, http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22512/18320

Duve, Thomas (2007), Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano, in: Revista de Historia del Derecho, 35, 195–226, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2980756

Duve, Thomas (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 20, 18–71, https://doi.org/10.12946/rg20/018–071

Duve, Thomas (Ed.) (2014a), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Duve, Thomas (2014b), European Legal History – Concepts, Methods, Challenges, in: Id. (a cura di), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 29–66, https://doi.org/10.12946/gplh1

Duve, Thomas (2014c), German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 22, 16–48, https://doi.org/10.12946/rg22/016–048

Duve, Thomas (2014d), Entanglements in Legal History. Introductory Remarks, in: Id. (a cura di), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 3–25, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Duve, Thomas (2015), Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft, in: Grimm, Dieter, Alexandra Kemmerer, Christoph Möllers (a cura di), Rechtswege. Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, Baden-Baden, 167–195

Duve, Thomas (2016), Global Legal History – A Methodological Approach, in: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2016, 4, 1–22, http://ssrn.com/abstract=2781104

Duve, Thomas (2017), Global Legal History: Setting Europe in Perspective, in: Dubber, Markus et al. (a cura di), The Oxford Handbooks Online – Law, Oxford, 10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.25

Duve, Thomas (2017a), Was ist „Multinormativität"? – Einführende Bemerkungen, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 25, 88–101, http://dx.doi.org/10.12946/rg25/088–101

Ehlers, Caspar (2016), Rechtsräume. Ordnungsmuster im Europa des Frühen Mittelalters, Berlin, Boston

Esders, Stefan, Gunnar Folke Schuppert (2015), Mittelalterliches Regieren in der Moderne oder Modernes Regieren im Mittelalter?, Baden-Baden

Esser, Josef (1972), Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main

Fikentscher, Rüdiger (1975–1977), Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Tübingen

Fögen, Marie Theres, Gunther Teubner (2005), Rechtstransfer, in: Rechtsgeschichte, 7, 38–45, http://dx.doi.org/10.12946/rg07/038-045

Foljanty, Lena (2015), Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor, in: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2015, 9, 1–18, http://ssrn.com/abstract=2682465

Friedman, Lawrence (2001), Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants, in: Nelken, David, Johannes Feest (a cura di), Adapting Legal Cultures, Oxford, 93–98

Glenn, H. Patrick (2006), Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 421–440

Glenn, H. Patrick (2014), Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law, 5. ed., Oxford

Graziadei, Michele (2006), Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 441–475

Griffiths, John (2006), The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology, in: Freeman, Michael (a cura di) (2006), Law and Sociology, Oxford, 49–68

Gross, Ariela, Alejandro De La Fuente (2013), Slaves, free blacks, and race in the legal regimes of Cuba, Louisiana and Virginia: A comparison, in: North Carolina Law Review, 91, 1699–1756, http://www.law.tau.ac.il/Heb/_Uploads/dbsAttachedFiles/ArielaGross.pdf

Grossi, Paolo (2006), Storicità del Diritto, in: Appollinaris, 79, 105–117

Halpérin, Jean-Louis (2009), Profils des mondialisations du droit, Paris: Dalloz

Halpérin, Jean-Louis (2014), Five Legal Revolutions Since the 17th Century: An Analysis of a Global Legal History, Heidelberg

Hertogh, Marc (2008), What is non-state law? Mapping the other hemisphere of the legal word, in: Schooten, Hanneke Van, Jonathan Verschuuren (a cura di), International Governance and Law. State Regulations and Non-state Law, Cheltenham, Northampton (MA), 11–30

Herzog, Tamar (2003), Defining Nations. Immigrants and citizens in early modern Spain and Spanish America, New Haven (CT), London

Hoekema, André J. (2005), European Legal Encounters Between Minority and Majority Culture: Cases of Interlegality, in: The Journal of Legal Pluralism

and Unofficial Law, 51, 1–28, http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/51/hoekema-art.pdf
Huang, Philip C. C. (2016), The Past and Present of the Chinese Civil and Criminal Justice Systems: The Sinitic Legal Tradition from a Global Perspective, in: Modern China 42, 227–272, http://mcx.sagepub.com/content/42/3/227.full.pdf+html
Hunt, Lynn (2014), Writing History in the Global Era, New York (NY)
Husa, Jaakko (2015), A New Introduction to Comparative Law, Oxford, Portland (OR)
Kalverkämper, Hartwig (2009), Das wissenschaftstheoretische Paradigma der Translationswissenschaft und ihr gesellschaftlicher Kontext, in: Kalverkämper, Hartwig, Larisa Schippel (a cura di) (2009), Translation zwischen Text und Welt – Translationswissenschaft als historische Disziplin zwischen Moderne und Zukunft, Berlin, 65–114
Kennedy, Duncan (2006), Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000, in: Trubek, David M., Alvaro Santos (a cura di), The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal, Cambridge, 19–73
Koskenniemi, Martti (2011), Empire and International Law: The Real Spanish Contribution, in: University of Toronto Law Journal, 61, 1–36
Koskenniemi, Martti (2014), Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 22, 119–138, http://dx.doi.org/10.12946/rg22/119–138
Langer, Erick D. (2004), Forum: Placing Latin America in World History, in: Hispanic American Historical Review 84, 393–398, https://muse.jhu.edu/article/171519/pdf
Legrand, Pierre (1997), The Impossibility of "Legal Transplants", in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4, 111–124
Legrand, Pierre (2001), What 'Legal Transplants'?, in: Nelken, David, Johannes Feest (a cura di), Adapting Legal Cultures, Oxford, 55–69
Legrand, Pierre, Roderick Munday (a cura di) (2003), Comparative Legal Studies: Traditions and Transition, Cambridge
Letto-Vanamo, Pia (2011), Towards Global Legal History?, in: Andersen, Per, Pia Letto-Vanamo, Kjell A. Modeer (a cura di), Liber Amicorum Ditlev Tamm. Law, History and Culture, Kopenhagen, 311–321
Liu, Lydia H. (1995), Translingual Practice. Literature, National Culture, and Translated Modernity – China, 1900–1937, Stanford (CA)
Mahoney, James, Kathleen Thelen (a cura di) (2010), Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power, Cambridge
Marsh, Robert M. (2000), Weber's Misunderstanding of Traditional Chinese Law, in: American Journal of Sociology, 106, 281–302
Menkel-Meadow, Carrie (2011), Why and How to Study "Transnational" Law, in: University of California Irvine Law Review, 1, 97–128, http://www.law.uci.edu/lawreview/Vol1No1Articles/menkelmeadow.pdf

Menski, Werner (2006), Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa, 2. ed., Cambridge

Menski, Werner (2012), Plural Worlds of Law and the Search for Living Law, in: Gephart, Werner (a cura di), Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt am Main, 71–88

Michaels, Ralf (2013), Globalization and Law: Law beyond the State, in: Banakar, Reza, Max Travers (a cura di), Law and Social Theory, 2. ed., Oxford, 287–304

Moyn, Samuel (2010), The Last Utopia. Human Rights in History, Cambridge (MA)

Nelken, David, Johannes Feest (a cura di) (2001), Adapting Legal Cultures, Oxford, Portland (OR)

Nirenberg, David (2013), Anti-Judaism. The Western Tradition, New York (NY), London

Nishikawa, Yoichi (2007a), „Genius des Okzidents“: zur Bedeutung der deutschen Geschichtswissenschaft für das moderne Staatsdenken in Japan, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften/Journal for Comparative Government and European Policy 5, 334–357, http://www.jstor.org/stable/pdf/24237084.pdf

Nishikawa, Yoichi (2007b), Public Administration between Western Model and Eastern Tradition: A Historical and Comparative Sketch, in: Hesse, Joachim Jens, Jan-Erik Lane, Yoichi Nishikawa (a cura di), The Public Sector in Transition, Baden-Baden, 39–56

Ocko, Jonathan K. (2004), The Missing Metaphor: Applying Western Legal Scholarship to the Study of Contract and Property in Early Modern China, in: Zelin, Madeleine (a cura di), Contract and Property in Early Modern China. Rational Choice in Political Science, Stanford (CA), 178–208

Ranieri, Filippo (2007), Das europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Berlin

Rappaport, Joanne (2014), The Disappearing Mestizo. Configuring Difference in the Colonial New Kingdom of Granada, Durham(NC), London

Reckwitz, Andreas (2003), Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive, in: Zeitschrift für Soziologie, 32, 282–301, http://www.zfs-online.org/index.php/zfs/article/viewFile/1137/674

Richter, Melvin (2012), Introduction: Translation, the History of Concepts and the History of Political Thought, in: Burke, Martin j., Melvin Richter (a cura di), Why Concepts Matter. Translating Social and Political Thought, Leiden, 1–40

Robertson, Roland (1995), Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity, in: Featherstone, Mike, Scott Lash, Roland Robertson (a cura di), Global Modernities, Boston, 25–44

Ruskola, Teemu (2013), Legal Orientalism. China, the United States, and Modern Law, Cambridge (MA)

Sachs, Stephen E. (2015), Originalism as a Theory of Legal Change, in: Harvard Journal of Law & Public Policy, 38, 817–888, http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2010/01/Sachs_4.pdf

Sachsenmaier, Dominic (2011), Global Perspectives on Global History. Theories and Approaches in a Connected World, Cambridge, New York (NY)

Santos, Boaventura De Sousa (2014), Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide, Boulder (CO)

Schacherreiter, Judith (2013), Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung. Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 77, 272–299

Seckelmann, Margrit (2006), Im Labor. Beobachtungen zum Rechtstransfer anhand des Europäischen Verfassungsvertrags, in: Rechtsgeschichte, 8, 70–83, https://doi.org/10.12946/rg08/070–083

Sieber, Ulrich (2010), Legal Order in a Global World. The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, 14, 1–49, https://www.mpg.de/50696/hm01_LegalGlobal-basetext.pdf

Siems, Mathias (2014), Comparative Law, Cambridge

Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

Srikantan, Geetanjali (2014), Towards New Conceptual Approaches in Legal History: Rethinking "Hindu Law" through Weber's Sociology of Religion, in: Duve, Thomas (a cura di), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 101–128, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Stolleis, Michael (1997), Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von „Begriff" und „Tatsache", Baden-Baden

Stolleis, Michael (2008), Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, Basel

Straumann, Benjamin (2016), Crisis and Constitutionalism. Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution, Oxford

Tamanaha, Brian Z. (2010), A Framework for Pluralistic Socio-Legal Arenas, in: Foblets, Marie-Claire, Jean-François Gaudreault-DesBiens, Alison Dundes Renteln (a cura di), Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World, Bruxelles, 381–401

Tau Anzoátegui, Víctor (2002), El Derecho Indiano y el transplante de la cultura del Derecho Común (siglos XVI y XVII), in: Olavide, Universidad Pablo De (a cura di), Cultura jurídica europea: una herencia persistente, Sevilla, 23–38

Twining, William (2009), General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective, Cambridge

Vertovec, Steven (2015), Introduction. Formulating diversity studies, in: Id. (a cura di), Routledge International Handbook of Diversity Studies, London, New York (NY), 1–20

Vesting, Thomas (2015), Rechtstheorie. Ein Studienbuch, 2. ed., München

VOGENAUER, STEFAN (2012), Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900. Die Geschichte einer anderen « Emanzipation durch Auseinanderdenken », in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 76, 1122–1154

WHITE, JAMES BOYD (1985), When Words Lose Their Meaning. Constitutions and Reconstructions of Language, Character and Community, Chicago

WHITE, JAMES BOYD (1990), Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism, Chicago, London

WIMMER, ANDREAS (2013), Ethnic Boundary Making. Institutions, Power, Networks, Oxford

WONG, ROY BIN (1997), China Transformed. Historical Change and the Limits of European Experience, Ithaca (NY), London

ZHANG, TAISU (2016), Beyond Methodological Eurocentrism: Comparing the Chinese and European Legal Traditions, in: American Journal of Legal History, 56, 195–207, ajlh.oxfordjournals.org/content/56/1/195.full.pdf

ZIMMERMANN, EDUARDO (2014), Translations of the "American Model" in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement, in: DUVE, THOMAS (a cura di) (2014), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 385–426, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

ZIMMERMANN, REINHARD (2001), Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, Oxford

ZUMBANSEN, PEER (2010), Transnational Legal Pluralism, in: Transnational Legal Theory, 1, 141–189, www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/20414005.2010.11424506

ZUMBANSEN, PEER (2012), Transnational Law, Evolving, in: Osgoode Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper Series, 7, 898–925, http://ssrn.com/abstract=1975403

Giuseppe Franco Ferrari

Law and history: some introductory remarks

1. Law and history in Italian comparatist scholarship

Italian comparatists often suggest a greater use of the diachronic method: more history is invoked as a remedy for incomplete reconstruction of legal systems or specific institutions. However such recommendations are normally limited to seminars and symposia where methodology is one of the topics of discussion.

If one focuses on textbooks, the situation is quite different. Some classical treaties, such as Biscaretti's and Pizzorusso's, hardly mention constitutional history at all in the treatment of the method and aims of comparative law, mainly referring it to traditional Western legal systems, such as those of Great Britain and of France.[1] The classical manual by Costantino Mortati,[2] widely used in Italian universities all through the '80s, describes the forms of state in the evolution from the feudal system up to the welfare state before coming to the synchronic approach, but spends no words on methodological problems. Even another master like Rodolfo Sacco,[3] in the chapter dedicated to the object of comparative law, defines it as a historical science "par excellence", mentioning the different interpretations of the Code Napoleon by different generations of lawyers in the 19th century as an example of models succeeding one another, to be considered in a pragmatic perspective. Again Sacco, together with Gambaro and Monateri,[4] describes the state of comparatist literature without emphasizing the role of the use of the diachronic approach.

1 Biscaretti di Ruffia (1988) 21 and Pizzorusso (1998) 149. No mention of the historical method is made in earlier texts, such as Del Vecchio (1909) and Sarfatti (1933) 118, where there is only a short passage concerning the importance of discovering the common origins of legislations.

2 Mortati (1973).

3 Sacco (1992) 50.

4 Gambaro, Monateri, Sacco (1988) 48.

More recently conceived handbooks are no more lavish in terms of space dedicated to the diachronic method. De Vergottini mentions the historical perspective only in the paragraph concerning the function of comparative law described as «verification of knowledge», together with the empirical evidence regarding circumscribed subjects and the recourse to statistical data.[5] Morbidelli, Pegoraro, Reposo and Volpi,[6] in the second and broadest edition of their manual, briefly mention historicism as a stream of thought, between jusnaturalism, sociological jurisprudence and positivism, in the initial chapter concerning interpretation, without mentioning the relevance or importance of the historical method in a comparative perspective. Again Pegoraro (with Rinella)[7] briefly mentions the use of history in comparative law in order to distinguish it from history of law, whose function is defined as ancillary though important to comparatists. In another work[8] Pegoraro sketches a few ideas about diachronic comparison, mainly to stress the difference between the study of the evolution of an institute or a legal system and the use of such knowledge in order to compare.

Mattei and Monateri[9] correctly make reference at history as one of the instruments useful in carving out comparative analysis. Bognetti[10] suggests that the mere superficial description of the constitutive elements of a legal system can be overcome through historical research, and, following Croce, proposes the investigation of the roots of the ideal inspiration of positive law, complains about the preference of Italian legal historians for ancient law, supposes that comparative lawyers can make up for the lack of historical understanding on the side of professional legal historians. In a later paper[11] the same author suggests that the practical stimulus which might originate historical verification should not be the vehicle for the hidden introduction of value statements.

5 De Vergottini (2014) 21–24.
6 Morbidelli, Pegoraro, Reposo, Volpi (1995) 26.
7 Pegoraro, Rinella (2007) 106.
8 López Garrido, Massó Garrote, Pegoraro (2000) 38.
9 Mattei, Monateri (1997) 19.
10 Bognetti (1994) 23, 90.
11 Bognetti (2009) 16 ff.

In a somehow more diffused way, Somma[12] describes history as a tool for a better choice between generalizing or individualizing approaches to the topic of comparison.

The only really extensive treatment of the link between historical research and comparative law is that of another classical author, Gino Gorla.[13] Moving from the qualification of comparison as a knowledge process aimed at isolating specific or common characters of institutions, the author thinks of historical facts or phenomena as distinctive or unifying factors. Such an approach would allow the interpreter to look at law as a historical fact and at the same time to avoid excessive abstractness. Ascarelli,[14] with the same premises, recommends strict adherence to social and economic facts in historical perspective and defines the relationship between comparative law and history as techniques of enlargement of the range of phenomena under study in terms, respectively, of space and time. Even Mario Rotondi,[15] another master of Italian comparative law, dedicates only a few lines to the application of the historical method to comparatism, mainly in order to evoke Joseph Köhler, Ernst Rabel and other earlier authors credited for tempering the knowledge of positive comparative law with some interest in history.

Michele Graziadei[16] has more recently dedicated important pages to the relevance of the understanding of the whole of a legal culture in the interpretation of positive law, from the viewpoint of the individual scholar, and in this perspective he underlines the relevance of historical research in the reconstruction of the roots but also as an instrument to free oneself from traditional wisdom and its constraints. He ends up equating the study of the past to the approach to contemporary foreign legal systems.

2. History and legal history in global comparatist scholarship

More literature is available outside Italy on the relationship between law and history in comparative terms.

12 Somma (2014) 149.
13 Gorla (1964) 928, 940, and Gorla (1962) 25.
14 Ascarelli (1952) 5, 12, 40.
15 Rotondi (1957) 819, 825.
16 Graziadei (1999) 531.

The obvious traditional premises of the interest for history are mainly two: on one side, the emphasis of Montesquieu on the importance of local historical conditions on the structure of statutes;[17] on the other, in the German world, the influence of Savigny and the historical school in conceiving national systems as developments of the Volkgeist, conditioning the relationships between a legal system and the social ancestry of the nation concerned.[18] The growing trend, during the 19th century, towards the reconstruction of the ideological origins of national institutions may have been seconded by codification and the consequent focusing on the morphology of individual systems, but at the same time might have stimulated scientific attention to comparison. Positivism as an intellectual force naturally opposed universalism, triggering some reactions against too parochial an inclination of legal studies at the end of the cycle of the historical school.[19] The development of the evolutionary thought stimulated both the deepening of differences between national systems in historical perspective and the contemporary interest for the comparative approach and even the search for a new universalism, most of all in the sphere of private and commercial law.

Contemporary scholars have approached the relationship between history and comparative law from many angles. It was Otto Kahn-Freund[20] who suggested resorting to the historical method in order to make building blocks («bricks») to be used for edifices belonging to comparative law, legal philosophy, sociology of law. Several authors followed his suggestions, though lamenting the insufficient interest of common lawyers in researching the relationship between legal history and legal theory.[21] Others got closer to the topic from the investigation of classical scholars and their idea of comparative law.[22]

Carl Friedrich's famous paper, dated 1961,[23] where he coined the famous expression «law is frozen history», is dedicated to Anglo-Saxon legal historiography, within which he moves with utter confidence.

17 Montesquieu (1749) Livre I, ch. 3.
18 Von Savigny (1840) 14.
19 Von Jhering (1852) 12 ff.
20 Kahn-Freund (1976) 6. By the same author see also Kahn-Freund (1966) 40.
21 See e.g. Samuel (1990); Samuel (1998).
22 Roscoe Pound was one of the most provocative starting points: see e.g. von Mehren (1965). Savigny is another obvious starting point: Zimmermann (1996).
23 Friedrich (1961).

René David, in all the editions of his masterpiece,[24] only mentions legal history in its relationship with comparative law to explain that the tendency to paint large frescos demonstrating the constant progress of humanity, whose founders were respectively Kohler, Maine and the College de France school, went out of fashion with the decline of positivism. Generalizations are no longer all the rage, though the contribution of comparative law to history cannot be debated. Yet, specific facts drawn from careful observations can still be used.

Zweigert and Kötz[25] seem to believe that history could be at most a means of finding out and defining the materials to be utilized for comparative aims, starting from the assumption that comparative law scholars must sometimes look beyond legal rules.

Mark Tushnet[26] harshly criticizes the superficial use of history and more generally the interdisciplinary work by jurists labelling it as «intellectual voyeurism».[27] In detail he opposes all forms of storytelling: history as progressive development (the Whig history), or its opposite, history as decline, and even history as complexity and contradiction, in other words history as the search for a usable past. However, his target is clearly not the combination of legal history, or of law-office history, in the famous words of Alfred Kelly,[28] and comparative law. His criticism is clearly directed against originalism in a quite domestic perspective, concerning possible uses of history by federal courts.[29]

Alan Watson[30] spends very favorable words for comparative legal history as the best instrument for the understanding of change, of its causes and its directions. He identifies it as the only scientific approach to the nexus between law and society,[31] though he does not offer further indications about the method to be applied.

24 See e.g. David, Jauffret-Spinosi (1992) 3.

25 Kötz, Zweigert (1990) A, § 3. However Kötz has elsewhere spent convincing words about the simultaneous use of comparative law and legal history: Kötz (1992) 20–22.

26 Tushnet (1996).

27 Such formula was first used by Leiter (1992).

28 Kelly (1965).

29 Posner (2000).

30 Watson (2004) 1 ff.

31 The topic is also deepened in Watson (2001).

James Gordley, in the chapter of the Oxford Handbook of comparative law dedicated to comparative law and legal history,[32] after describing the origins of both disciplines, starts from what he calls the common mistake of legal historians, i.e. the belief that a certain legal system can be studied in its development and structure without keeping an eye on others, and the error of comparatists that think the coherence of contemporary jurisdictions can be assessed independently of their diachronic evolution. A unifying principle, then, can be looked for in the spirit of a Zeit or Volk, in a "holistic" perspective, in the search for underlying economic interests, or, finally, in putting legal history and comparative law at the service of each other. The conclusion is that the two disciplines, though they emerged separately, are actually inseparable research tools in making the study of positive law really complete.

Mathias Siems[33] simply mentions the application of historical research to comparative methods, or even the implicit comparative dimension of historical research, as a tool to reach classifications or to find out causal regularities.

Uwe Kischel,[34] occupying a large part of his recent manual to methodological problems, saves only a few lines to history. Apparently, he seems to believe that history as such offers no methodological guarantee and that any elaboration of concepts and categories risks being too abstract to be useful to the comparatist.[35]

3. Which kind of history?

Not all historical approaches can fully adjust to the needs of comparative law. Dogmatic approaches, looking for the ultimate essence of things or final explanations, add very little to comparative research. Such criticism has been traditionally raised by the instrumentalist science philosophers, like Berkeley, Duhem and Poincaré: Duhem theorizes that philosophy of science does not

32 Gordley (2006). Mathias Reimann, however, has written several pages elsewhere in support of the interaction of the two disciplines: Reimann (1999), where he starts from the assumption of the insufficient methodological clarity to reach the conclusion that the synthesis can be comparative legal history (Vergleichende Rechtsgeschichte).

33 Siems (2014) 287 ff.

34 Kischel (2015) 166 ff.

35 Kischel (2015) 169.

exist without history of science (the latter showing the continuity of the former), and insists on «realistic» controls of theories[36] and on careful skepticism about artificial classifications; Poincaré criticizes facile transformations of brute scientific facts into generalizations[37] and argues that principles should be normally considered of merely conventional nature. Hegel's and later Benjamin's idea of history as sure progress,[38] i.e. a product of eternal reason, necessarily directing its steps towards the best, either in the transcendent or in the immanent version, is of no utility to comparative lawyers. Refusing metaphysical or ontological readings of history does not amount to giving up any hope of finding reason in history nor is it equivalent to sheer telling events in their inessential exteriority, in an accidental manner, deprived of any links.[39] A kind of reason is obviously inherent and needs to be reconstructed by the interpreter, even more urgently by the comparatist than by the historian. However it cannot be imposed on history top down as an a priori, revealing itself over the years. Determinism and evolutionism as such are not only of no help to comparative law scholars, but even misleading from the viewpoint of widening the scope of the institutional phenomena to be examined and of the consequent classifications.[40]

The comparatist can take advantage of the quite different approach that starts from facts[41] without limiting their narration to simple details, or fragments of facts,[42] but impartially finding connections between particular facts, exploring the inner forces operating behind them, in other words

36 Duhem (1913–1917).

37 Poincaré (1907).

38 Hegel (1973–1974); Benjamin (1974). On Benjamin's messianic vision of history there is an enormous amount of literature: see e.g. Beiner (1984); César (1992).

39 Such was the critique of Hegel to Savigny and Neibuhr: Hegel (1973–1974) 21 ff.

40 According to Le Goff (1988) 214, the work of the historian aims at discovering the intelligibility of history, which at most can reveal its regularity, but in no case an inner law. Somewhat different is Fernand Braudel's research for tendential long term rules: Braudel (1986) 59 ff. and Braudel (1969).

41 «Stick to facts» is the famous address by Thomas Gradgrind in Dickens (1854) ch. 1. See now Wright (2015) 319. An analogous approach can be found in the French historians: see e.g. Marc Bloch's emphasis on the descriptive nature of the historical method looks like a variant of the same approach: see Bloch (1995).

42 According to Febvre (1952).

striving to place facts in their background[43] or context.[44] Facts are normally non repeatable,[45] but their reason is identifiable without being finalistically bound or amenable to some universal philosophy. Such a research technique is somehow closer to the meaning of Volkgeist in the interpretation of von Savigny[46] rather than that of Hegel: intrinsic rationality of human actions, expression of spontaneous evolution implicit in history and drawn out by the interpreter, with definitely no presupposed logic. It has been authoritatively said that the conscience of time presupposes the past/present opposition:[47] this is an excellent synthesis of the idea of framework for historical facts and of the reason to be discovered inside it.

A comparatist approaching legal history should benefit most from a method referable to Dilthey's synthesis: friendly adherence to the peculiarity of the historical process, determination of the value of facts inside the framework of the whole development where they have taken place, research in the past of explanations and norms for the present.[48] In this perspective, the empirical use of history does imply the refusal of facile universalism, but also requests the inclusion of the research of reason in a coordinated fact system. In German terms, it could be described not merely as a historical narrative (Zeitfolge), but as a reasoned system construction (Lehrgebäude). Leaning on such a ground, the comparative law scholar can possibly proceed to build models and classifications, techniques perhaps more naturally belonging to his vocational training.

Should we exemplify, the approach to the models of welfare state could start from the history of the British poor law system up to the reforms of the

43 Von Humboldt (1903) 46. Popper speaks as well of background knowledge referring to the theoretical framework within which the observation of facts is going to be placed before the formulation of a conjecture: Popper (1963); Popper (1991) 198. Analogous observations can be found in Hempel (1963): historical reconstruction cannot do without considering the observable behavior of human groups together with the physical and environmental factors where it takes place. On Hempel see e.g. Simili (1981).

44 In the words of Watson (2004) 2. A similar idea is developed by French historians and legal sociologists: see e.g. Charnay (1982) 390–396, where the reference is to a normative structure composed of precepts and behaviors, and, much earlier, Febvre (1952), about which Massicotte (1981).

45 "Le caractère 'unique' des événements historiques": Le Goff (1988) 24.

46 Von Savigny (1892) 71.

47 See again Le Goff (1988) 25.

48 Dilthey (1983): see the considerations of Schmitz (2006).

first decade of the 20th century and from 1946 to 1950, i.e. they must be placed in the framework of the industrialization waves, the extension of suffrage, the evolving party system, the growing regulation of the economy. The model which can be drawn is the redistributive-institutional one, with service universalism, high fiscal rates, heavy State presence. The same approach applied to the United States and to Italy helps to identify the residual model and the particularistic one. The definition of models different from the first one symmetrically requires the researcher to become familiar with distinct historical contexts, late-comers in comparison with the British one. Such classification ends up being shared by political sociologists[49] and comparative public law scholars.

Furthermore, there are whole fields of comparative public law that cannot be studied without the historical approach. Civil liberties are possibly the most prominent example. Their emergence from societal needs or from other nucleuses of natural law, however conceived, and their positivization, their universalization and reparticularization – using the conceptual categories forged by Peces Barba and Bobbio[50] – would be impossible to describe and to construe without the diachronic perspective. Even the comparison between positive forms of protection would be deficient, notwithstanding the similarities induced by continental European constitutions approved in the last half of the 20th century.

Another example could be the principle of equality. The case law of constitutional and supreme courts of several Western countries on rationality and proportionality in legislative choices has become more and more similar. Yet, the evolution of the application of the principle of equality according to race in the U.S. legal system is a fundamental key to the understanding of the present situation in the American legal order and of any comparison with other national systems.

It is obviously necessary, to follow this method wholeheartedly, to bear in mind that history reaches some kind of unity through links between facts or clusters of facts, but no absolute logic or continuity can be demonstrated. History is never complete, never gives life to a closed system, never follows an abstract idea of progress or providence, is hard to fully comprehend and to let the interpreter extract a reason useful to build the present on the past.

49 E.g. Flora, Heidenheimer (1981) and Alber (1982).

50 The obvious reference is to Peces Barba Martínez (1991) and Bobbio (1990).

Such features may seem unsatisfactory to the positive lawyer, and this is the very reason why legal history as an instrument of widening knowledge in terms of time should always be declined together with the careful synchronic examination of various legal systems in terms of space. Which is, after all, the meaning of the old maxim «comparison involves history» and the other way round.[51] The combination of diachronic and synchronic methods recalls and resembles the close connection of facts and norms, which was the core teaching of Dilthey,[52] and has become the motto of the Frankfurter School and above all of Jürgen Habermas:[53] strict positivism has to be tempered with attention to the social environment and historical premises.

From another angle, one can also share Kocka's opinion,[54] that it is comparison with other societies or legal systems that provides a better understanding of the main object of study in historical terms: therefore what he calls contrastive comparative method is a just a tool of historical research. It is doubtful whether Charles Tilly[55] follows the same or the opposite line when describing history as an instrument in order to individualize comparison or specify the uniqueness of a historical process or of a positive system. Other authors, such as Tim May,[56] Skocpol and Somers[57] argue that history can help comparative studies to isolate the responsibility or the causal relationships for differences or similarities between observed systems, so contributing to the construction of theories. Such approaches (theory-development view) emphasize the simultaneous use of history and comparative research in the perspective of looking for causal regularities and constructing theories.[58]

It can be objected that using the historical and comparative methods at the same time might complicate the task of the researcher. In fact, he has to isolate, first, the usable data:[59] such an operation is usually called situational

51 A. Somma describes the origins of the two sayings, the second attributed to F. W. Maitland and the first to G. Gorla, in Somma (2003).
52 Dilthey (1914) 127.
53 Habermas (1992) ch. 5.
54 Kocka (1996).
55 Tilly (1993).
56 May (1993).
57 Skocpol, Somers (1980).
58 See an overview in Azarian (2011).
59 The description of this technique in Smelser (1973) 45, and Smelser (1976) ch. 6.

manipulation, at least in hard sciences; in this case all the possible data are historical, and consequently exposed to a much higher rate of ideological preference. The second step consists in the use of the data, either through statistical elaboration, when a significant number of cases are available, or with a systematical comparative description, if the available cases are few. The third one is the resort to a kind of general knowledge, i.e. the placement of the data in the framework. Summing up, the researcher has problems in the selection and use of the data, therefore in choosing the units to be compared, then in applying dependent and independent variables, and finally finding the indicators to be able to construe a theory revealing the possible explanations at a progressively high level.[60]

It's hardly necessary here to mention the debate about the preference between history of culture (Kulturgeschichte) and political history (politische Geschichte) aroused by Burckhardt in the last quarter of the 19th century.[61] The important point is that historical experience is the main, if not the only, instrument to restrain synchronic analyses that would otherwise be concentrated exclusively on positive norms. This methodological choice is even more important nowadays for at least two orders of reason, in particular in the field of comparative public law.

The first one consists in the pluralist structure of contemporary constitutionalism: value choices and principle balancing, committed mainly to constitutional or supreme courts, often yield different results from country to country in a short time span. Such variations could not be explained without reference to the history and the cultural and socio-economic framework of each legal system. The other one has to do with the cluster of phenomena which goes under the name of globalization. The prevalence of a thick layer of sources overlapping the national systems of legal sources may generate a complete homogenization at global or at least at continental level. The mode of reception, the capacity of adapting and, in some cases, resisting such sources at the moment of their introduction in the domestic system can be explained only in the light of peculiar historical factors. From this viewpoint history remains one of the best remedies against the flattening of the world, and the comparatist, working like a zoologist or botanist striving to

60 Such passages are well familiar to social researchers: see e.g. Radcliffe-Brown (1958); Tuma (1974); Sartori (2011).

61 A summary of this passage in Tessitore (2003).

save endangered species, must fulfill the engagement of bringing out and exploiting the typicalities – one is tempted to say the richness – of the national legal systems, whose main exemplary characteristics can be best appreciated in the historical dimension.[62]

It is questionable, finally, whether a historical reconstruction, though definitely useful to the comparatist, is likely to add certainty to the investigation of positive norms in synchronic perspective or to the contrary makes explanations less firm. History does not own the formal reliability of the causal rule; it rather follows regularities that belong to the statistical sphere. Since, however, law is a human science as well, though tending to the model of hard sciences, the techniques for the formulation of conjectures are more or less the same. Neither does it belong to the scope of this essay to take a position with regard to the age-old discussion about the unitary concept of all science, started by the publication of the Vienna Circle Manifesto in 1929.[63]

In conclusion, a few lines must be dedicated to tradition. In the last thirty years or so, there has been a discrete amount of literature concerning tradition in various declinations: for instance, the components of tradition, that Krygier, in one of the best studies on this topic,[64] identified in its pastness, its present authority or institutionalization, and its continuity between past and present, through generations; the antinomy between tradition and change or progress, likely a consequence of the liberal revolutions and of the Enlightenment culture; the different kinds of tradition, about which Karl Popper has written some fundamental pages related to the resistance to new theories in the scientific community.[65] This debate, even when developed by lawyers, concerns more sociology or anthropology than law. In fact, it tries to realize which factors accelerate or slow changes in legislation, according to social conditions, and what can or even should be the rate of change. Such research

62 A short account of this argument, for instance, can be found in Peters, Schwenke (2000): they signal the powerful levelling effect of regional integration and globalization both on legal rules and political and economic standards and possibly fearing the excessive convergence of national characteristics. Further arguments against the reduction of contemporary culture to immediate and synchronic connectivity at the expenses of history in Schiavone (2007).

63 See more recently Grignon, Kordon (2009) 247 ff.

64 Krygier (1986).

65 Popper (1969) par. 5.

can also be carried out in comparative terms, but it has little to do with comparative legal history. It can at times instrumentally imply some measure of legal history in order to verify how some legal traditions were born and consolidated. But normally the attitude of a legal system to self-reform is subject to political or ethical considerations, more than to legal ones, unless the focus is put, say, on the flexibility rate of a written Constitution or the capacity of adaptation to norms belonging to a global or continental system of legal sources. Somma has correctly noted that even resorting to the so-called Western legal tradition can often conceal an ideological justification of globalization or a hidden or open Americanization.[66] Post-modern comparative law, it has been said,[67] normally sets aside or overshadows historical research, and even when it focuses on tradition, it is only in order to avoid historical research. The two themes, therefore, must be kept completely separate.

4. History without comparative law? Dead or living constitution?

There is at least one legal system where the combination of the historical and comparative methods applied to public law is very rare, if not impossible. In the U.S., with the possible exception of a few constitutionalists who have recently converted to comparative law, those who support the recourse to comparison with foreign institutions normally oppose the use of history, at least by federal judges, and vice versa. This situation is the natural result of a harsh controversy which has lasted decades, and at the moment there is no sign of it abating, let alone of disappearing, though the recent death of Justice Antonin Scalia might displace it on partially different premises.

The beginning of everything might have been Brown v. Board of Education of Topeka,[68] when the Supreme Court asked for a rearguing of the case after collecting historical evidence about the intention of the framers and ratifiers of the 14th Amendment, though the final version of the decision set aside all reference to history, refusing to "put the clock back to 1868". Among various criticisms of the desegregation decision one of the sharpest was that

66 Somma (2003).
67 Somma (2003).
68 347 U.S. 483 (1954).

of using law-office history.[69] Yet, in the 70s, originalism came to the fore of constitutional doctrines. Robert H. Bork, the intellectual godfather of originalism, laid its foundations in a 1971 *Indiana Law Journal* article[70] and later on in a number of conferences held in American universities. Bork's version of originalism as original intent conceived constitutional interpretation as ineludibly historical in its need to construe constitutional provisions according to the purposes of the framers, as retraced by the interpreter.

The appointment of Antonin Scalia to the Supreme Court in 1986 marked the disenfranchisement of originalism, from a rather eccentric philosophy to a method of constitutional interpretation. Openly non-originalist decisions live side by side with essentially originalist opinions like Crawford v. Washington,[71] concerning the Confrontation clause, brought back – in the words of Scalia – to its original understanding «after twenty-four years adrift in the Sea of Evolutionism».[72] Scalia's aversion to constitutional interpretation techniques inspired by the idea of a living Constitution is clearly exemplified by the emphatic statement «the Constitution is dead, dead, dead, dead», with which he began the annual prestigious Herbert H. Vaughan Lecture at the University of Princeton in mid-December 2012.[73]

Apprendi v. New Jersey,[74] with its entirely originalism-centered debate on constitutional interpretation, is another example of the foothold finally gained by originalism at the Supreme Court. The historical method though has never been the primary concern of originalists, who tend to simply assume the suitability of summarily retraced historical accounts to serve as grounds for originalist interpretation. Justice Scalia elaborated the original understanding originalism, which combines textualism and history, trying to detect the meaning of constitutional provisions from the historical analysis of the linguistic usages at the time of the Framers.

The amateurish use of history is probably the most frequent argument against originalists.[75] Actually, even before the advent of originalism, prominent scholars put lawyers' defenses up against the misuse of history in legal

69 Kelly (1965) 122 ff.
70 Bork (1971).
71 541 U.S. 36 (2004).
72 Scalia (2007) 44.
73 Murphy (2014) 476.
74 530 U.S. 466 (2000).
75 Flaherty, Martin (1995) 523–529; Kramer (2003).

analysis. Carl Friedrich maintained that reconstructing history in terms of the "meaning" of past happenings as products of the mind (legal decisions, statutes, jurists' opinions) only makes sense if carried out with the proper historical methodology, thus through what can be called scientific history.[76]

Originalists really only started taking the methodology critiques seriously very recently, elaborating the New Originalism, which addresses the problem of reconciling law and history by distinguishing constitutional interpretation from constitutional construction. Only the latter being in need of «historical arguments» to be intended as arguments based on history, but practical and «presentist».[77]

Balkin attempts a defense of this argument[78] claiming that the resort to history for the purpose of legal interpretation only aims at persuading the audience, not at providing normative claims, thus downplaying both the methodological problem and the authoritative nature of originalist interpretation.

Richard Posner, an adversarial of originalism, insists on the difference between arguments assuming «past as normative» and arguments committed to the past, but tailored to solve present problems.[79] The rebuttal of any normative claim implies giving up the need for a judge to be a real historian; he should rather be a diligent researcher, whose use of history has primarily a persuasive and narrative function.

Setting aside originalism, there are other circumstances in which law and history are inextricably combined in constitutional interpretation. In Shelby County v. Holder[80] the conservative majority in the Supreme Court struck down a provision of the Voting Rights Act, concerning the federal preclearance of States electoral legislations on the assumption that the VRA is anachronistic in its attempt to control the legislative powers of Southern States in order to prevent racial discrimination to be put in place in voting procedures. According to Chief Justice Roberts, leaving the preclearance provision in force means to show an unnecessary past-dependency. The liberals on the bench relied on history to support the opposite argument, maintaining the

76 Friedrich (1961).
77 Balkin (2013) 651.
78 Balkin (2013) 641.
79 Posner (2000).
80 133 S.Ct. 2612 (2013).

topicality of racial discrimination in voting, providing a counter-reconstruction of the events from 1870 to nowadays. The only skepticism on the use of history can be found outside the Court, in a *New York Review of Books* article[81] where former Justice Stevens emphasizes that it is not the place of judges to write and rewrite history, with no attention to the methodology and the final purpose of its use.

Bibliography

Alber, Jens (1982), Vom Armenhaus zum Wohlfahrstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa, Frankfurt

Ascarelli, Tullio (1952), Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano

Azarian, Reza (2011), Potential Limitations of Comparative Method in Social Science, in: International Journal of Humanities and Social Science, 1, 113–125

Balkin, Jack (2013), The New Originalism and the Uses of History, in: Fordham Law Review, 22, 641–719

Beiner, Ronald (1984), Walter Benjamin's Philosophy of History, in: Political Theory, 12, 423–434, https://doi.org/10.1177/0090591784012003005

Benjamin, Walter (1974), Über den Begriff der Geschichte, in: Tiedemann, Rolf, Hermann Schweppenhäuser (eds.), Gesammelte Schriften, Frankfurt, 691–704

Biscaretti di Ruffia, Paolo (1988), Introduzione al diritto costituzionale comparato: le "forme di Stato" e le "forme di governo", le costituzioni moderne, 6. ed., Milano

Bloch, Marc (1995), Méthodologie historique and Comparaison, Paris

Bobbio, Norberto (1990), L'età dei diritti, Torino

Bognetti, Giovanni (1994), Introduzione al diritto costituzionale comparato, Torino

Bognetti, Giovanni (2009), L'oggetto e il metodo, in: Carrozza, Paolo, Alfonso Di Giovine, Giuseppe Franco Ferrari (eds.) (2009), Diritto costituzionale comparato, Roma, Bari, 5–20

Bork, Robert H. (1971), Neutral Principles and Some First Amendment Problems, in: Indiana Law Journal, 47, 1–35

Braudel, Fernand (1969), Histoire et sciences sociales. La longue durée, in: Id., Ecrits sur l'histoire, Paris, 41–83

Braudel, Fernand (1986), Une leçon d'histoire, Paris

81 Stevens (2013).

César, Jasiel (1992), Walter Benjamin on Experience and History. Profane Illumination, San Francisco
Charnay, Jean-Paul (1982), Metodo della sociologia giuridica: utilizzazione della giurisprudenza, in Braudel, Fernand (ed.) (1982), Problemi di metodo storico, Roma, Bari, 389–401.
David, René, Camille Jauffret-Spinosi (1992), Les grand systèmes de droit contemporaines, 10. ed., Paris
De Vergottini, Giuseppe (2014), Diritto costituzionale comparato, 9. ed., Padova
Del Vecchio, Giorgio (1909), Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato, 2. ed., Torino
Dickens, Charles (1854), Hard Times, London
Dilthey, Wilhelm (1983), Texte zur Kritik der historischen Vernunft, Göttingen
Dilthey, Wilhelm (1914), Einleitung in die Geisteswissenschaften, in: Groethuysen, Bernhard (ed.) (1914), Gesammelte Schriften, vol. 1, Göttingen
Duhem, Pierre (1913–1917), Le système du monde, histoire des doctrines cosmologiques de Platon à Copernic, 5 voll., Paris
Febvre, Lucien (1952), Combats pour l'histoire, Paris
Flaherty, Martin S. (1995), History "Lite" in Modern American Constitutionalism, in: Columbia Law Review, 95, 523–590
Flora, Peter, Arnold J. Heidenheimer (1981), The Development of Welfare States in Europe and America, New Brunswick (N.J.)
Friedrich, Carl Joachim (1961), Law and History, in: Vanderbilt Law Review, 14, 1027–1048
Gambaro, Antonio, Pier Giuseppe Monateri, Rodolfo Sacco (1988), Comparazione giuridica, in: Digesto, discipline civilistiche, vol. 3, Torino
Gordley, James (2006), Comparative Law and Legal History, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, New York, 753–773, https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0024
Gorla, Gino (1962), Studio storico-comparativo della Common Law e scienza del diritto (le forme d'azione), in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 16, 25–68
Gorla, Gino (1964), Diritto comparato, in: Enciclopedia del Diritto, vol. 12, Milano
Graziadei, Michele (1999), Comparative law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures, in: Zeitschrift für Europaisches Privatrecht, 7, 531–543
Grignon, Claude, Claude Kordon (2009), Spécificité de la science et diversité des sciences: l'option démarcationniste, in: Id. (eds.), Science de l'homme et sciences de la nature, Paris, 247–270
Habermas, Jürgen (1992), Fatkizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1973–1974), Vorlesung über Rechtsphilosophie 1818–1831, Stuttgart

Hempel, Carl Gustav (1963), Reasons and Covering Laws in Historical Explanation, in: Hook, Sidney (ed.), Philosophy and History, New York (N.Y.), 143–163
von Humboldt, Wilhelm (1903), Über die Aufgabe des Geschichtschreibens, 1820–21, in: Id., Gesammelte Schriften, vol. 4, Berlin, 35–56
von Jhering, Rudolf (1852), Der Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, vol. 1, Leipzig
Kahn-Freund, Otto (1966), Comparative Law as an Academic Subject, in: Law Quarterly Review, 82, 40–61
Kahn-Freund, Otto (1976), Introduction, in Renner, Karl, The Institutions of Private Law and their Social Functions, London, 1–44
Kelly, Alfred (1965), Clio and the Court: An Illicit Love Affair, in: The Supreme Court Review, 6, 119–158, https://doi.org/10.1086/scr.1965.3108786
Kischel, Uwe (2015), Rechtsvergleichung, München
Kocka, Jtirgen (1996), The Use of Comparative History, in: Björk, Ragnar, Karl Molin (eds.), Societies Made up of History: Essays in Historiography, Intellectual History, Professionalizations, Historical Social Theory and Proto-Industrialization, Stockholm, 197–209
Kötz, Hein, Konrad Zweigert (1990), Einführung in die Rechtsvergleichung, vol. 1: Grundlagen, Tübingen
Kötz, Hein (1992), Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, in: Juristenzeitung, 47, 20–22
Kramer, Larry D. (2003), When Lawyers Do History, in: George Washington Law Review, 72, 387–423
Krygier, Martin (1986), Law as Tradition, in: Law and Philosophy, 5, 237–262, https://doi.org/10.1007/BF00190762
Le Goff, Jacques (1988), Histoire et mémoire, Paris
Leiter, Brian (1992), Intellectual Voyeurism in Legal Scholarship, in: Yale Journal of Law & the Humanities, 4, 79–104
López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marco Francisco, Pegoraro, Lucio (2000), Nuevo derecho constitucional comparado, Valencia
Massicotte, Guy (1981), L'histoire problème. La méthode de Lucien Febvre, Paris
Mattei, Ugo, Pier Giuseppe Monateri (1997), Introduzione breve al diritto comparato, Padova
May, Tim (1993), Social Research: Issues, Methods and Process, Buckingham
von Mehren, Arthur Taylor (1965), Roscoe Pound and Comparative Law, in: Harvard Law Review, 13, 507–517
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (1749), De l'Esprit des lois, Paris
Morbidelli, Giuseppe, Lucio Pegoraro, Antonio Reposo, Mauro Volpi (1995), Diritto costituzionale italiano e comparato, 2. ed., Bologna
Mortati, Costantino (1973), Le forme di governo. Lezioni, Padova
Murphy, Bruce Allen (2014), Scalia: a Court of One, New York (N.Y.)
Peces Barba Martínez, Gregorio (1991), Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid

Pegoraro, Lucio, Angelo Rinella (2007), Diritto pubblico comparato. Profili metodologici, Padova

Peters, Anne, Heiner Schwenke, (2000), Comparative Law beyond Post-Modernism, in: The International and Comparative Law Quarterly, 49, 800–834, https://doi.org/10.1017/S0020589300064666

Pizzorusso, Alessandro (1988), Sistemi giuridici comparati, 2.ed., Milano

Poincaré, Henri (1907), La science et l'hypothèse, Paris

Popper, Karl (1963), The Myth of the Framework. In Defense of Science and Rationality, London

Popper, Karl (1969), Towards a Rational Theory of Tradition, in: Conjectures and Refutations, 3. ed., London

Popper, Karl (1991), Scienza e filosofia, Torino

Posner, Richard (2000), Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship, in: University of Chicago Law Review, 67, 573–606, https://doi.org/10.2307/1600335

Radcliffe-Brown, Alfred Reginald (1958), Method in Social Anthropology, Chicago

Reimann, Mathias (1999), Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 28, 496–512

Rotondi, Mario (1957), Diritto comparato, in: Novissimo digesto, vol. 5, Torino

Sacco, Rodolfo (1992), Introduzione al diritto comparato, 5. ed., Torino

Samuel, Geoffrey (1990), Science, Law and History: Historical Jurisprudence and Modern Legal Theory, in: Northern Ireland Legal Quarterly, 41, 1–21

Samuel, Geoffrey (1998), Comparative Law and Jurisprudence, in: The International and Comparative Law Quarterly, 47, 817–836, https://doi.org/10.1017/S0020589300062540

Sarfatti, Mario (1933), Introduzione allo studio del diritto comparato, Torino

Sartori, Giovanni (2011), Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali, Bologna

von Savigny, Friedrich Carl (1840), System des heutigen römischen Rechts, vol. 1, Berlin

von Savigny, Friedrich Carl (1892), Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), Freiburg im Breisgau

Scalia, Antonin (2007), Foreword, in: Calabresi, Steven G. (ed.), Originalism. A Quarter-Century of Debate, Washington (D.C.), 43–45

Schiavone, Aldo (2007), Storia e destino, Torino

Schmitz, Heiko (2006), Von der "Kritik der historischen Vernunft" zur "Kritik der Kultur": Über die Nähe der Projekte von Wilhelm Dilthey und Ernst Cassirer, Würzburg

Siems, Mathias (2014), Comparative Law, Cambridge

Simili, Raffaella (1981), La spiegazione nel discorso storico. Il modello di Carl Gustav Hempel, Bologna

Skocpol, Theda, Margaret Somers (1980), The Uses of Comparative History in Macrosocial Inquiry, in: Id., Comparative Studies in Society and History, 174–197, https://doi.org/10.1017/S0010417500009282

Smelser, Neil J. (1973), The Methodology of Comparative Analysis, in: Worwick, P. Donald, Samuel Osherson (eds.) (1973), Comparative Research Methods, Englewood Cliffs, 42–86

Smelser, Neil J. (1976), Comparative Methods in the Social Sciences, Englewood Cliffs

Somma, Alessandro (2003), Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica, in: Ars interpretandi, 8, 317–354

Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

Stevens, John Paul (2013), The Court and the Right to Vote: A Dissent, in: The New York Review of Books, http://www.nybooks.com/articles/2013/08/15/the-court-right-to-vote-dissent/

Tessitore, Fulvio (2003), Storicismo e storia della cultura, Roma

Tilly, Charles (1993), Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons, New York (N.Y.)

Tuma, Elias H. (1974), Economic History and the Social Sciences: Problems of Methodology, Berkeley, Los Angeles

Tushnet, Mark (1996), Interdisciplinary Legal Scholarship: The Case of History-in-Law, in: Chicago-Kent Law Review, 71, 909–936

Watson, Alan (2001), Society and Legal Change, Philadelphia

Watson, Alan (2004), Legal Culture v. Legal Tradition, in: van Hoecken, Mark (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford, Portland, 1–6

Wright, Crispin (2015), Fatti e certezza, in: Calabi, Clotilde, Annalisa Coliva, Andrea Sereni, Giorgio Volpe (eds.) (2015), Teoria della conoscenza. Il dibattito contemporaneo, Milano, 319–342

Zimmermann, Reinhard (1996), Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science, in: Law Quarterly Review, 112, 576-605

Tommaso Edoardo Frosini

Diritto comparato e diritto globale

1. La legislazione alle origini della comparazione giuridica

Sostiene Emerico Amari, anno 1857:

> La scienza della legislazione comparata adunque è quella che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la *dottrina giuridica della civiltà universale*, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni; alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate; alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà.[1]

Le origini della comparazione giuridica, che nell'opera di Amari si manifestano, indicano come fosse essenzialmente la legislazione il "formante", come oggi si dice, da sottoporre ad analisi comparativa per consentire, altresì, un miglioramento della legislazione nazionale. Se questo era il programma di ieri, si può ritenerlo ancora valido per oggi? Preliminarmente, bisogna però domandarsi: ha ancora valore la legge nelle democrazie costituzionali? È ancora l'atto attraverso il quale si determinano i rapporti giuridici all'interno delle società? Specialmente nella cosiddetta età della globalizzazione?

Certo, non è discussione il principio di legalità, punto archimedico del costituzionalismo; bisogna piuttosto misurare l'impatto della fonte legge all'interno della cittadinanza, e specialmente in settori strategici come l'economia e il mercato, per verificare se è ancora il legislatore nazionale che decide oppure se recepisce, ovvero subisce, istanze esterne, che sono proiezioni di un diritto globale. E quindi di un diritto che raccoglie una serie delle più varie misure che non corrispondono più alle tradizionali formule nazionali ma nemmeno a quelle del diritto internazionale:

1 Amari (1969) par. clxii. Su cui v. ora l'esauriente lavoro di Serio (2012).

> con il diritto globale siamo di fronte a una giuridicità composita, fatta di pezzi diversi, e spesso sfuggente a una chiara catalogazione… Il diritto globale si presenta come un oggetto snodabile, che si riarticola di continuo, rinunciando in gran parte a una forma fissa e definita.[2]

Prendiamo in esame la legge: questa è entrata in una fase di dissolvenza, prima nell'era moderna « era una legge dura, rigida, presuntuosa. La legge post moderna è mite, flessibile, pacata ».[3] Uguale la parola – legge – assai diverso l'uso, che sconta altresì una continua opera di interpretazione, che può arrivare a ribaltarne la lettera per favorire lo spirito. Si viene così a determinare un rapporto "circolare", per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i "due volti del diritto", come ebbe a definirli Adolf Merkl.[4] Sul punto, mi sia consentita una citazione che chiarisce la questione e svela il problema:

> La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra.[5]

Certo, è pur vero ogni ordinamento recepisce un'idea di legge che deve essere parametrata in relazione al tipo di Stato e alla forma di governo, dal cui modello possono derivare altri poteri e centri di competenze legislativi che concorrono alla produzione di leggi: si pensi agli Stati federali, che destinano alla periferia una serie di attribuzioni legislative; si pensi al ruolo dell'esecutivo, come in Francia, che ha competenza a legiferare per il tramite dei regolamenti (da ciò ne deriva che è legge in Francia non lo è altrove, per esempio in Italia). E altri e più numerosi esempi si potrebbero fare. Però al di là e oltre i criteri ordinatori delle fonti, della differenziazione dei procedimenti legislativi,[6] nonché della normazione europea di diretta applicazione, rimane il fatto che oggi la legge, quella che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté général*, secondo la formula di Carré de Malberg,[7] ha perso parte

2 Così Ferrarese (2012) 64.
3 Monateri (2014) 64.
4 Merkl (1987).
5 Così Frosini (1998) 44; anche Frosini (1995).
6 Su cui v. Dickmann, Rinella (2011).
7 Carré de Malberg (2008).

della sua forza e della sua capacità di determinare i rapporti giuridici. Non riesce a regolare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. E quindi, esito di questo ragionare, è che la legge oggi appare sempre più come un mero simulacro.

Innanzitutto e soprattutto perché non ha più l'esclusività, ovvero non è più il solo atto con il quale si prescrivono le regole per la cittadinanza. I termini del problema sono noti: la cosiddetta globalizzazione – intesa come "deterritorializzazione", e quindi « eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità »[8] – ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*,[9] che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti.[10] E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari. Ciò vale anche per la giustizia, dove si sono accentuate, *around the World*, le risoluzioni alternative delle controversie affidate ai privati, vuoi per il tramite delle mediazioni ovvero degli arbitrati, che si fondano sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto.[11]

Quindi, si sostiene, il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne

8 Così Grossi (2006) 285; il quale prosegue (287 ss.): « globalizzazione – per il giurista – significa rottura del monopolio e del rigido controllo statuale sul diritto. Se ieri il legame, il vincolo tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione. Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente prono alle voglie dei partiti politici ». Con riferimento al tema della sovranità, v. quanto sostenuto da Raveraira (2013).

9 Cfr. Mostacci (2008).

10 V. quanto argomentato da Ferrarese (2006).

11 Sul punto, si rinvia a Frosini (2011); sull'arbitrato, v. Recchia (2014).

alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Come è stato affermato

> i governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali, fenomeni intrinsecamente giuridici che nello Stato-nazione erano stati spinti nella zona grigia della fattualità (giuridica)… Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale.[12]

Argomentare suadente ma non convincente.

2. Comparazione e globalizzazione: più differenze che analogie

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta a mio avviso una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi

> alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione… è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché *una* cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano.[13]

Se il diritto comparato vuole adeguarsi alle sfide teoriche e pratiche della globalizzazione dovrà necessariamente allargare i suoi orizzonti al di là e oltre l'Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche *beyond West* e abbandonando, ovvero ridimensionando, la prospettiva eurocentrica.[14]

Con riferimento, in particolare, al rapporto fra legislazione e globalizzazione, si dubita che vi possa essere un motivo di forte condizionamento dell'una con l'altra. Da un lato, perché, come detto prima, il fenomeno della globalizzazione esalta nuove forme di normazione, che non sono direttamente derivabili dalla volontà del legislatore statale, dall'altro perché la legislazione, per quanto frammentata e indebolita, ha comunque mantenuto

12 Così Teubner (2005) 61–62.
13 Così, Glenn (2010) 104.
14 Su cui, v. ora Amirante (2015) 5 ss.

un suo intrinseco valore, sia pure come residuo di un baluardo di sovranità. Mi riferisco, soprattutto, ad alcune leggi che, sul piano del contenuto, non sembrano subire forme di contaminazione da parte di altre esperienze giuridiche. Certo, si sottopongono comunque al *test* della comparazione, per così dire, ma poi si esprimono nella loro originalità, come se fossero marchiate da una sorta di denominazione di origine controllata.

È il caso della legge elettorale, per esempio. Ebbene, senza timore di smentite, si può senz'altro dire che ogni Paese, quantomeno fra quelli ascrivibili alla forma di stato di democrazia liberale, ha una legge elettorale che esprime un proprio sistema elettorale, che non ha eguali altrove.[15] E' come se in materia elettorale ci fosse una sovranità assoluta, esercitata attraverso l'individuazione di un proprio sistema elettorale che non copia e non riproduce modelli altrui. Si pensi alla Francia del maggioritario a doppio turno, alla Gran Bretagna dell'uninominale *first past the post*, alla Germania del proporzionale con la clausola di sbarramento del 5%, alla Spagna del proporzionale con i collegi provinciali ristretti, che determinano un effetto maggioritario; e così anche negli Usa, in Australia, in Canada. Addirittura in Italia, la recentissima legge elettorale, la n. 52 del 2015, è stata definita, dalle stesse forze politiche, *italicum*: proprio a volere caratterizzare e identificare il "prodotto" legislativo tutto italiano.

Se ciò vale per leggi ad alto contenuto politico, quale la legge elettorale tale da qualificarsi come *Grundnorm* della costituzione in senso materiale, altrettanto per le leggi ad alto contenuto etico. Anche qui, si procede al *test* della comparazione, ovvero si verifica come altrove è stata regolamentata quella determinata materia ma poi si tende a legiferare in proprio, senza cioè emulare quanto è stato fatto altrove. È il caso della legge sulla procreazione medicalmente assistita,[16] ovvero sulle diverse leggi che regolano le unioni civili e anche i matrimoni omosessuali. Certo, qui incide il livello più o meno diffuso della componente etica, ovvero religiosa, presente sul territorio e sulla cittadinanza; altrimenti, l'influenza della religione all'interno della maggioranza politico-parlamentare.[17] Sul punto, anche con riferimento a quanto detto prima sui processi di globalizzazione, non si può

15 Per i termini di confronto, v. Frosini (2009) 746 ss.

16 Cfr. Frosini, Casonato (2006).

17 Su questi temi fa il punto ora il fascicolo di *Percorsi costituzionali*, n. 2/3, 2013 dedicato a « Costituzione e Religione ».

non richiamare il fattore religioso come fonte del diritto nei Paesi islamici. Problema difficile e delicato che non intendo qui affrontare.[18]

Non credo che l'esempio di queste leggi, a contenuto politico e a contenuto etico-religioso, provi troppo. Anzi, sono leggi attraverso le quali si viene a imprimere una assai significativa caratterizzazione della forma di stato e di governo, che per quanto debitrice di una sorta di "patrimonio costituzionale comune" mantiene comunque una sua specificità nei contesti ordinamentali nazionali. Voglio con ciò dire che il fenomeno della globalizzazione va inquadrato nella giusta angolazione, che è senz'altro quella economica e tecnologica, ma che non ha assorbito, anzi fagocitato, l'assetto istituzionale degli stati e la legislazione degli stessi, in punto di scelte caratterizzanti la forma di stato e di governo. Su quest'ultima, poi, i modelli sono diversi e differenti, e variano dal presidenzialismo nella sua declinazione statunitense ovvero in quella sudamericana, dal parlamentarismo che si manifesta con norme e prassi differenziate in larga parte d'Europa, con il semipresidenzialismo la cui provenienza francese si è alterata nelle altre esperienze europee e dell'Europa orientale.[19] Senza poi considerare le convenzioni costituzionali, che si vengono a formare in punto di forma di governo, che hanno caratteristiche e modalità tutte riferibili ai singoli ordinamenti.

Ecco perché la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione, non mi persuade. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa[20] – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*.[21] Sarà pur vero che « viviamo in un'epoca che vede con favore l'unifi-

18 Della numerosa bibliografia sul tema, voglio ricordare Predieri (2006).

19 Sulla questione, fa il punto il recente lavoro di Volpi (2015).

20 Da ultimo, sulle problematiche relative al metodo comparativo, anche con riferimento al fenomeno della globalizzazione, v. Pegoraro (2014) spec. 261 ss. e Somma (2014) spec. 167 ss.; Monateri (2012).

21 E' questa la suggestiva tesi di Ferrarese (2013). Ma v. già Muir Watt (2006) 583 ss., la quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato.

cazione e la incoraggia »[22] e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure "uniti nella diversità". Ma per il *comparative law in book* e *il comparative law in action* – comunque in grado di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità – rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione.[23] Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche

> deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovrananzionale… Ed eventualmente di evidenziare criticamente le modalità con cui quelle differenze possono essere occultate in chiave unificante, o al contrario promosse in termini anche apertamente precettivi. Il che può accadere anche utilizzando metodi di norma destinati a produrre una comparazione che unisce, i quali ben possono, di volta in volta, essere parte di strategie argomentative complessivamente volte a realizzare invece una comparazione che divide.[24]

Mi sono avvalso di questa citazione, che condivido in pieno, anche al fine di evidenziare le ragioni metodologiche di una ricerca comparatistica che non può non essere ancora e di più fondata sulle differenze. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*: « sarebbe meglio che il teorico si ostinasse a distinguere sempre, puntigliosamente, anche a costo di fare il bastian contrario, piuttosto di abbandonarsi ad affrettate analogie che scattano con docilità tanto sospetta quanto accondiscendente ».[25]

3. Il "dialogo" fra Parlamenti: un mito, come quello fra le Corti…

Altro derivato del diritto globale sarebbe il dialogo fra Parlamenti, che si richiama a un altro noto "dialogo", ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare, come è stato fatto, che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali;

22 Così Sacco (2011) 19.
23 Valorizza il metodo comparativo nella globalizzazione, Musy (2004).
24 Così, Somma (2014) 170.
25 Così, Luzzati (2013) 397.

né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero.[26]

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cosiddetto dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come "mettersi in ascolto" di un altro ordinamento.[27]

L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero,[28] le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Ci sono, all'interno delle assemblee legislative, degli uffici parlamentari di diritto comparato, che svolgono il precipuo compito di raccogliere in *dossier* tutto il materiale legislativo, giurisprudenziale e dottrinale in giro per il mondo, riferito a un dato argomento oggetto di esame per una regolamentazione normativa. Questo lavoro di documentazione viene svolto ogniqualvolta l'assemblea intende avviare l'*iter* legislativo per regolamentare una determinata disciplina. Altrimenti, possono essere di ausilio, ai fini di una maggiore conoscenza comparatistica, le audizioni svolte nelle indagini conoscitive promosse dalle assemblee parlamentari, specialmente quando l'audito è uno studioso di diritto comparato. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

26 Cfr. De Vergottini (2010); sulle tesi avanzata dall'A., v. le riflessioni critiche di Ridola (2012).

27 Su cui, v. Scaffardi (2011); in tema, v. ora Örücü (2014).

28 E' ovvio che non è la stessa cosa: « il diritto comparato concerne necessariamente il diritto straniero [ma] studiare un sistema giuridico straniero – come tale – non significa ancora effettuare una comparazione », così Zweigert, Kötz (1992) 7.

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, come si è visto sopra, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cosiddetto "dialogo" fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, "occidentalmente orientata", del diritto e dei diritti. Sia come perimetro geopolitico della nozione, quello euro-atlantico; sia come *Occidente giuridico*, ovvero il modo attraverso il quale il diritto ha saputo radicarsi nell'organizzazione delle società di una parte del mondo, e i tentativi di incorporare nelle proprie ragioni la complessità del mondo.[29]

C'è invece una questione che investe il rapporto fra legislazione e comparazione, in termini di circolazione delle esperienze e dei modelli giuridici, che si sta affermando sempre più negli ordinamenti contemporanei: si tratta del tema riferibile alla "qualità delle leggi", altrimenti detta *better regulation*.[30] È su questo tema, oggi, che si incontrano i legislatori nazionali. È su questo tema, oggi, che si viene a valorizzare la circolazione delle scelte legislative. Non sui contenuti delle norme ma piuttosto sulla corretta forma della redazione delle norme (*drafting*) e ancora sulla analisi dell'impatto della valutazione normativa (AIR), innestando modi e metodi di tecnica legislativa e di analisi economica del diritto. Da qui una prima considerazione, che verrà più avanti sviluppata: e cioè che la legge rischia sempre più di essere considerata alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata. Un "prodotto" che deve essere pulito, ordinato e corretto sul piano della forma; che deve essere razionale, economicamente vantaggioso e di sicuro impatto tra gli *stakeholders* sul piano della fattibilità.

29 In tema, v. Bussani (2010).

30 Su cui, v. Weatherill (2007); v. anche il contributo di M. Raveraira (2006).

4. Legiferare meglio, anche e soprattutto con il metodo comparativo

Nell'età della cosiddetta globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli Stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante, che è ben al di là da venire. Quindi, non si può legiferare senza prima comparare; perché chi conosce un solo diritto non conosce nessun diritto. Ho provato a indicare come e in quale fase deve avvenire il procedimento comparativo nel momento della formulazione legislativa. E questo vale per le cosiddette microleggi, che regolano il quotidiano vivere di una comunità, e per le cosiddette macroleggi, intendendo quest'ultime quelle ad alto contenuto politico oppure etico, che declinano torsioni della forma di stato e di governo. Risultato dell'originalità ed esclusività di queste leggi (come, per esempio, la legge elettorale) è comunque frutto di una comparazione per differenze, che tiene conto della diversità dell'assetto politico-istituzionale di quel dato ordinamento.

Per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli Stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprensione, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi.

Bibliografia

Amari, Emerico (1969), Critica di una scienza delle legislazioni comparate (1857), 2 voll., a cura di Frosini, Vittorio, Palermo

Amirante, Domenico (2015), Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente", in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 1, 1–36

Bussani, Mauro (2010), Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali, Torino

Carré de Malberg, Raymond (2008), La loi expression de la volonté général, trad. it., Milano

De Vergottini, Giuseppe (2010), Oltre il dialogo fra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, Bologna

Dickmann, Renzo, Angelo Rinella (2011), (a cura di) Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei, Roma

Ferrarese, Maria Rosaria (2006), Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma, Bari

Ferrarese, Maria Rosaria (2012), Prima lezione di diritto globale, Roma, Bari

Ferrarese, Maria Rosaria (2013) Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze, in: Rivista critica del diritto privato, 31, 369–402

Frosini, Tommaso Edoardo, Carlo Casonato (2006), (a cura di) La fecondazione assistita nel diritto comparato, Torino

Frosini, Tommaso Edoardo (2009), Sistemi elettorali e sistemi di partito, in: Carrozza, Paolo, Alfonso Di Giovine, Giuseppe Franco Ferrari (a cura di), Diritto costituzionale comparato, Roma, Bari, 746–762

Frosini, Tommaso Edoardo (2011), Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution, in: Analisi giuridica dell'Economia, 1, 47–64

Frosini, Vittorio (1995), Gesetzgebung und Auslegung, Baden-Baden

Frosini, Vittorio (1998), La lettera e lo spirito della legge, 3. ed., Milano

Glenn, Patrick H. (2010), Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza, trad. it., Bologna

Grossi, Paolo (2006), Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto, Milano

Luzzati, Claudio (2013), Il giurista che cambia e non cambia, in: Diritto Pubblico, 19, 385–440

Merkl, Adolf (1987), Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi, trad. it., Milano

Monateri, Pier Giuseppe (2012), (a cura di) Methods of Comparative Law, Cheltenham

Monateri, Pier Giuseppe (2014), I confini della legge. Sovranità e governo del mondo, Torino

Mostacci, Edmondo (2008), La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato, Padova

Muir Watt, Horatia (2006), Globalization and Comparative Law, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 579–607

Musy, Alberto Maria (2004), La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano, Milano

Örücü, Esin (2014), Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective, in: Percorsi costituzionali, 3, 833–844

Pegoraro, Lucio (2014), Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo, Bologna

Predieri, Alberto (2006), Shari'a e Costituzione, Roma, Bari

Raveraira, Margherita (2006), Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi, in: Federalismi, 24

Raveraira, Margherita (2013), La sovranità degli Stati nel puzzle europeo tra sovranazionalità e intergovernatività, in: Percorsi costituzionali, 1, 33–46

Recchia, Giorgio (2014), L'arbitrato nel diritto comparato, a cura di Frosini, Tommaso Edoardo, Padova

Ridola, Paolo (2012), Il "dialogo fra le Corti": comunicazione o interazione?, in: Percorsi costituzionali, 3, 273–292

Sacco, Rodolfo (2011), Il diritto fra uniformazione e particolarismi, Napoli

Scaffardi, Lucia (2011), (a cura di) Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa, Napoli

Serio, Mario (2012), Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Emerico Amari, in: Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, 411–449

Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

Teubner, Gunter (2005), La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili, Roma

Volpi, Mauro (2015), Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo, in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 1, 131–166

Weatherill, Stephen (2007), (a cura di) Better Regulation, Oxford

Zweigert, Konrad, Hein Kötz (1992), Introduzione al diritto comparato, trad. it., Milano

Mauro Grondona

Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”

Un esercizio di lettura

1. Prospettiva dell’analisi

Propongo al lettore questo modesto, circoscritto e anche rischioso[1] esercizio: seguire passo passo lo svolgimento concettuale tracciato da Tullio Ascarelli in alcune sue pagine di straordinaria densità,[2] soffermandomi su alcuni snodi centrali del suo discorso, all’uopo provvedendo a raggrupparli tematicamente per evitare eccessive frammentazioni e possibili dispersioni, e soprattutto per contenere il discorso nei limiti di spazio prefissati.

Lo scritto di Ascarelli è formalmente l’introduzione a una serie di testi di Hobbes e di Leibniz (in inglese e in latino) che compongono il libro. Ma naturalmente Ascarelli non si limita a compendiare ciò che poi il lettore estesamente troverà; piuttosto egli, in poco meno di settanta pagine, traccia superbamente le linee di una storia del pensiero giuridico che dall’antichità approda all’epoca contemporanea, mai rinunciando (più spesso in nota che non nel testo) a una fittissima serie di collegamenti, anche arditi (molti dei quali solo accennati, e che, beninteso, possono essere soggetti a valutazione critica, perché fortunatamente Ascarelli difettava della dubbia virtù della prudenza intellettuale) con la storia generale delle idee e della cultura, nella convinzione (cui Ascarelli molto presto è pervenuto e cui è rimasto fedele

1 Rischioso, perché ho ben presente l’autorevole monito di André Tunc, il quale, prefando la traduzione francese del saggio ascarelliano oggetto di queste mie paginette, scrive: « On ne saurait sans scrupule présenter au public un ouvrage de Tullio Ascarelli sur Hobbes et Leibniz. L’esprit puissant du maître italien était familier des plus grands penseurs de tous les temps. Le mieux que l’on puisse faire devant lui et devant eux est de s’effacer »: Tunc (1966) v.

2 Ascarelli (1960) 2 ss.

fino alla sua prematura morte[3]) che i problemi giuridici, o sono intesi come autentici problemi sociali, « appunto perché la loro reale portata si rivela solo superando impostazioni che sotto una pretesa logica nascondono quei reali contrasti dei quali sono l'espressione »,[4] o sono pseudo-problemi.

Le pagine in oggetto, particolarmente toccanti anche perché rappresentano il testamento intellettuale di Ascarelli, esprimono una visione etica, politica, sociale e giuridica, da cui, a mio avviso, sarebbe giovevole oggi ripartire (e, beninteso, non solo nella prospettiva del giurista italiano) per riflettere sul diritto e sulla metodologica giuridica, in un tempo in cui l'esigenza di aprirsi all'interdisciplinarità e alla transdisciplinarità sembra essere non solo declamata ma finalmente praticata appunto per ragioni di contesto storico-culturale perfettamente evidenti.[5]

Ma vorrei in apertura richiamare il nome di un altro grande studioso, Emilio Betti, il cui confronto critico con Ascarelli sarebbe a mio avviso opportuno, non già per andare ostinatamente alla ricerca di concordanze, "nobilitando" così Betti pel tramite di Ascarelli, ma piuttosto per meglio approfondire un segmento importante e delicato, nonché doloroso, ancora in qualche misura controverso e meritevole di ulteriori approfondimenti, di storia del pensiero giuridico italiano.[6] Ciò, insisto, non per rivendicare a

3 Va visto il bel profilo biografico che ne ha tracciato Stella Richter jr. (2012) (ivi amplia bibliografia cui si rinvia). Ma dello stesso autore devono essere qui almeno segnalati alcuni scritti che ricostruiscono sapientemente la vicenda intellettuale di Ascarelli: Stella Richter jr. (2009), (2010) e (2013b).

4 Ascarelli (1960) 67, nota 191 *in fine*.

5 Cfr. Birocchi, Brutti (2016).

6 Il contributo di Emilio Betti alla cultura giuridica italiana (e non solo) merita di essere ripercorso, soprattutto a partire da alcuni aspetti che testimoniano il suo approccio per nulla settario o ottusamente dogmatico. Il che non vuol certamente esprimere un compiuto giudizio storico su Betti – sul quale basti qui il riferimento a un recente e importante contributo: Brutti (2015) – ma solo indicare come in lui esistano e siano tutt'altro che nascosti numerosi aspetti utili, oggi, per un ripensamento generale del metodo giuridico e del ruolo del giurista. Mi richiamo qui in particolare alle parole pronunciate da Betti in un'occasione accademica solenne: la consegna degli "Studi" in suo onore, parole delle quali v'è precisa testimonianza: Crifò (1962). Parole che esprimono una notevole apertura al dialogo (e in questo senso, a mio avviso, in linea di continuità con il pensiero di Ascarelli), un dialogo reso possibile, soprattutto, dal felice connubio tra diritto comparato ed ermeneutica, per superare i sempre perniciosi steccati disciplinari (che non vi possono non essere, ma non possono fungere da ostacoli preventivi, e soprattutto non possono essere assunti come provvisti di una portata oggettiva). Betti, riferendosi in parti-

tutti i costi una qualche "modernità" di Betti (in parallelo con l'indiscutibile e consolidata modernità di Ascarelli), ma, piuttosto, per sottolineare come un dialogo ormai a distanza (in vita, se dialogo ci fu, fu assai ristretto, anche per ragioni facilmente intuibili, ma che sarebbe comunque interessante approfondire) tra due studiosi che al tema dell'interpretazione molto impegno e anche partecipazione etica hanno dedicato potrebbe essere fruttifero.

Osservo altresì in via preliminare che le pagine di Ascarelli qui ripercorse possono davvero essere assunte quale manifesto programmatico-metodologico, provenendo esse da una personalità intellettuale che ha segnato non solo la storia del pensiero giuridico italiano, ma che ha influito, direttamente e indirettamente, sul pensiero giuridico di altri Paesi (e segnatamente dell'America latina),[7] sia per triste necessità, sia per la non comune capacità e

colare alla recentissima attivazione del corso universitario, facoltativo, di "Teoria dell'interpretazione", ebbe in particolare ad affermare: «[l]'insegnamento in parola verrebbe a restaurare il tessuto connettivo fra le materie singole, reagendo all'attuale atomismo: esso getterebbe un ponte di collegamento fra il diritto comparato e la teoria del conflitto di leggi con particolare riguardo alla teoria del diritto internazionale privato, reagendo alla miope visuale particolaristica; esso fornirebbe, infine, un gruppo organico, oltre che con tali materie, con la sociologia e con la teoria generale del diritto. Un gruppo didattico così costituito varrebbe forse a fronteggiare i pericoli della specializzazione e ad educare nei giovani, in una col senso della "humanitas", la capacità ermeneutica che ci rende atti ad interrogare lo spirito altrui, ad educare inoltre la capacità di sintesi che sola può conferirci il pieno possesso delle nozioni acquisite. [D]i fronte a problemi che pone al giurista l'applicazione di un diritto in vigore, la concezione ermeneutica riuscì per noi illuminante nell'additarci l'esatta impostazione di spinose questioni di diritto internazionale privato, in contrasto con impostazioni diverse suggerite agli studiosi dall'angusta visuale del positivismo legislativo. Partendo dal presupposto indimostrato che nell'orbita di un ordinamento non possano trovare applicazione norme che non abbiano in esso la propria fonte, la visuale positivistica è costretta a postulare dispositivi automatici di recezione, d'inserzione o d'imitazione legislativa, che provvederebbero a ristabilire di continuo la conformità richiesta fra le norme dell'uno e le norme dell'altro ordinamento. Ma, a ben guardare, non si tratta di immettere norme giuridiche da un ordinamento in un altro, ma di ricavare dall'uno massime di decisione da applicare nell'altro; e i procedimenti di rinvio, di adattamento, di adeguazione, come anche di trasposizione o conversione, che a tal uopo si rendono necessari, si rivelano alla riflessione semplici processi ermeneutici, che si svolgono, non già sul piano nomogenetico della produzione del diritto, ma sul piano *interpretativo*, della sua applicazione: processi, che rispondono al canone della coerenza ermeneutica e all'esigenza di adeguazione dell'intendere, specialmente viva nel campo dell'interpretazione in funzione direttiva della condotta, nel concorso di leggi statali diverse, chiamate in potenza ad essere applicate congiuntamente» (corsivo orig.).

7 Significative riflessioni si leggono in Ascarelli (1949a); ma allora v. anche Ascarelli (1949b), per molte osservazioni di carattere sociologico tuttora preziose (e spesso diver-

disponibilità di entrare in dialogo con altre culture e con altre dimensioni esistenziali, sempre fiducioso nella possibilità di uno scambio fecondo tra culture diverse perché sempre convinto che il giurista (e in senso più ampio lo studioso) non debba mai rinunciare alla sua intrinseca politicità, ineliminabile perché il problema del diritto è il problema della convivenza civile, quindi dell'ordine politico quale garanzia di una "vita buona".

Dal punto di vista metodologico (e dico questo nella specifica prospettiva bettiana, appena riferita, che guarda al diritto comparato come un irrinunciabile strumento conoscitivo, rispetto al quale sociologia e teoria generale del diritto – nonché, senza dubbio, la storia del diritto – vanno visti quali ulteriori pilastri di un discorso sul diritto che tanto più è solidamente fondato tanto più è efficace ed euristicamente significativo) si può ancora sottolineare un aspetto: forse, la principale difficoltà del lavoro del giurista, quando voglia seguire un approccio interdisciplinare, è che è indispensabile analizzare il problema studiato non solo in prospettiva interna (alla disciplina di riferimento e più in generale al "diritto"), ma esterna, cioè in qualche modo appropriandosi di tecniche e paradigmi propri di altre scienze[8] (se non altro volgendo lo sguardo alle altre scienze sociali e alle scienze umane; ma si deve subito aggiungere che anche questa limitazione è in certa misura indebitamente riduttiva[9]), sì da impostare la riflessione sullo specifico problema giuridico in modo che la prospettiva giuridica non resti né quella esclusiva né quella dominante, tenuto conto che, sempre, la tecnica giuridica impiegata, i concetti giuridici, e in senso più lato lo stile del giurista sono il prodotto (più o meno consapevole) di una molteplicità di fattori che devono essere considerati nella loro specificità e come parte di quel tutto qualificabile in termini di "giuridicità".[10]

tenti). Più in generale, cfr. ora Somma (2015); v. anche Losano (2015), il quale peraltro (284) dà un giudizio forse un po' troppo riduttivo del volume sul Brasile di Ascarelli: perché è vero che lo scopo del lavoro è eminentemente divulgativo, ma è anche vero, per limitarmi a un esempio, che le riflessioni (e le nette prese di posizione) su di un tema come quello dell'emigrazione/immigrazione non solo conservano attualità ma soprattutto esprimono una visione culturale e politica riconducibile al miglior "progressismo".

8 Cfr. Lettieri (2010).

9 Cfr. Villa (2005).

10 Sono davvero significative le pagine finali dello scritto di Ascarelli, nel quale si teorizza, pur in termini assai sintetici, il « terreno [sul quale] è possibile una storia del pensiero giuridico: Ascarelli (1960) *67–69* (testo e note).

Naturalmente il discorso è delicato, e si può cadere facilmente vittima di opposti estremismi sfocianti in approcci unilaterali e quindi poco utili se non deleteri, come se fare la storia di un concetto giuridico (la buona fede oggettiva, la causa del contratto, la responsabilità extracontrattuale, ad esempio) fosse di per sé qualcosa di meno importante, o, peggio, di falsante rispetto alla dimensione inevitabilmente totalizzante della conoscenza; come se occuparsi della storia interna di una disciplina fosse necessariamente, se non un "barare al gioco", quantomeno un non voler fare i conti fino in fondo con la, e prendere posizione sulla, realtà.[11]

Si può dire che storia interna e storia esterna, punto di vista interno e punto di vista esterno, pensiero giuridico, cultura giuridica e storia delle idee

11 Il tema è evidentemente quello della ricerca e dell'individuazione di ciò che sta dietro (e che a volte può essere anche volutamente occultato) il pensiero giuridico, aprendosi così lo spazio della cultura giuridica quale orizzonte più largo, perché compenetrato da ciò che diritto non è, ma che, proprio per questo, sul diritto in qualche modo incide e perciò il giurista dovrebbe interrogarsi e occuparsene per sfuggire a false rappresentazioni di quella stessa realtà giuridica che si vuole descrivere, appunto perché si tratterebbe di una descrizione soltanto parziale, sul falso presupposto che tale realtà giuridica sia autosufficiente perché auto-fondata. Sul punto, anche per brevità, mi limito a segnalare Tarello (1979), scritto nel quale il filosofo del diritto rivolge al romanista (Riccardo Orestano) una fondamentale critica: « Il fatto è che la trattazione di Orestano, dopo le premesse empiriche e le cautele, tende a rifluire in un mentalismo sia pur di nuovo genere, quando evita di considerare (o almeno esita a considerare) il succedersi delle posizioni dottrinali come succedersi di operazioni politiche, preferendo vedere in esso le manifestazioni di tendenze intradottrinali e perciò – in qualche modo – "spirituali": così pure quando tende a presentare taluni punti di vista certamente originati da una visione politica, quale è il rifiuto di concetti ordinatori appropriati allo Stato di ieri e a quello di oggi (nella specie, da parte di Satta), come un modo di "saldare speculativamente" una antica frattura (tra soggettivo e oggettivo) della Pandettistica, che aveva posto "aporie logiche" » (282); « [V]a rilevato che la maggior incidenza dell'opera di Orestano e, in particolare, degli studi raccolti, si è verificata non tanto nei confronti della romanistica italiana quanto nei confronti dei giuristi positivi italiani e specialmente dei giusprivatisti; tra questi ultimi si è diffusa – negli anni recenti – l'abitudine di ritagliare un problema endodottrinale per poi dissolverlo risolvendolo nella sua storia dottrinale: ma ciò che costituisce per lo storiografo (e più precisamente per lo storiografo delle dottrine giuridiche) una apprezzabile meta, non può che essere sia pur necessaria attività propedeutica per il giurista positivo, tanto che ci si deve chiedere se l'influenza di Orestano sui privatisti italiani della generazione più giovane, da un lato certamente liberatrice (rispetto al vizio concettualistico), non abbia anche avuto un risvolto meno positivo confermando questi privatisti nell'antico vizio di vedere i propri problemi come problemi dottrinali (quantunque storicizzati) anziché come problemi organizzativi (relativi cioè all'allocazione dei costi e dei vantaggi, all'organizzazione della repressione, ecc.) » (283).

possono felicemente cooperare nella grande, affascinante impresa della comprensione, che come tale è sempre fattore di sviluppo.[12]

2. La certezza del diritto e il problema della libertà individuale

La riflessione di Ascarelli, partendo dal problema specifico della certezza del diritto (perché negli scritti hobbesiani e leibniziani raccolti nel volume v'è « una comune esigenza: quella della certezza »[13]), si sofferma senza soluzione di continuità (anche trans-temporale) su di una serie di problemi sempre nuovi ma al contempo anche sempre attuali (in ragione della storicità del diritto), che nell'interpretazione del diritto ha uno degli assi portanti (tema rispetto al quale le pagine conclusive vengono ad assumere un tono quasi mistico).

Emergono subito gli snodi concettuali di un discorso che dal passato arriva fino a noi,[14] così proiettandosi nel futuro, appunto perché, quando si discorre (direttamente o indirettamente) d'interpretazione giuridica vengono in gioco (tra gli altri) termini quali storicismo e dogmatismo, volontà di agire e ragioni dell'agire, continuità e discontinuità. Questi termini sono in sostanza le scaturigini di una serie di concatenazioni problematiche che hanno primariamente a che fare con le trasformazioni del diritto, le condizioni di esse, i rischi connessi con tale processo di trasformazione, nell'ovvia prospettiva che il diritto, in quanto apparato organizzatore di una convivenza che possa essere il più possibile civile, non può non conseguire un sufficiente grado di stabilità.

Il confronto ravvicinato tra Hobbes e Leibniz fa molto ben emergere questi aspetti: « La certezza di Hobbes è la certezza di una soluzione e la sicurezza di una convivenza; quella di Leibniz la certezza di una argomentazione, di una dimostrazione: il primo si preoccupa di come porre un ordinamento; il secondo dell'applicazione di un ordinamento dato ».[15]

12 Ascarelli (1960) 66: « I concetti dogmatici non corrispondono affatto a una più o meno completa intelligenza di un dato che allora si dovrebbe ritenere già esistente, ma sono espressione di concezioni generali e strumento per la loro traduzione giuridica e così in realtà momento non già dell'evoluzione di una riflessione su un diritto dato, ma dello sviluppo del diritto ».

13 Ascarelli (1960) 4.

14 Per una riprova basti qui rinviare a un recentissimo e denso contributo: Luciani (2016).

15 Ascarelli (1960) 7.

Vediamo allora alcune peculiarità della prospettiva giuridica (e quindi politica e filosofica) di Hobbes e di Leibniz.

Ascarelli sottolinea, tra l'altro, come Hobbes, potremmo dire oggi in termini post-moderni, sia un "decostruttore" del diritto, dell'ordine del diritto, del "sistema giuridico": « Hobbes… non parte dalla sociale convivenza o dal diritto come un dato del quale si debba ricercare il principio: se è lecita l'espressione, egli mira a "smontarlo", a rendersi conto del come è stato costruito, sì da poterlo intendere ragionevolmente attraverso appunto la consapevolezza della sua costituzione ».[16]

Sul fronte opposto, Leibniz assume « un diritto già dato »,[17] e dunque la preoccupazione di certezza che lo muove fa sì che la riflessione si incentri sulla « certezza dell'interpretazione ».[18]

La risposta di Hobbes al perché della convivenza sociale e alle possibilità di questa convivenza[19] sta « nell'azione della volontà: la convivenza è frutto di volontà ed è frutto di volontà appunto perché è un risultato raggiunto e non un dato di partenza. Lo stato di natura si pone così per Hobbes come uno stato presociale; la civiltà è frutto della volontà ».[20]

Alla base del diritto e dello Stato c'è dunque la razionalità dell'uomo, « una razionalità capace di distinguere l'utile ».[21] Una razionalità che è premessa di una volontà di azione in funzione limitatrice della libertà individuale, ma una limitazione necessaria per quella utilità individuale consistente nel superare la guerra e pervenire alla pace: e « pace e guerra non sono che sinonimi della presenza o dell'assenza di una vita sociale e di una civile convivenza ».[22] Tale razionalità è ciò che porta alla necessità del diritto, e il « contratto sociale è appunto espressione di una volontà di convivenza; esso nella sua assolutezza esclude qualunque residua libertà d'azione del singolo (residuo che tornerebbe a negare la convivenza) e perciò fonda

16 Ascarelli (1960) 8.
17 Ascarelli (1960) 34.
18 Ascarelli (1960) 34.
19 Ascarelli (1960) 10; e v. 11: « L'obbligatorietà della legge civile riposa così alla fine su una stessa ragionevole scelta del singolo, ché il problema non è quello di porre un principio che, fuori dall'azione del singolo, lo vincoli all'obbedienza, ma di rendersi conto del formarsi di una convivenza ».
20 Ascarelli (1960) 10.
21 Ascarelli (1960) 10. E v. il passaggio cit. *infra*, nota 31.
22 Ascarelli (1960) 10.

l'assoluta sovranità »;[23] perciò « la giustificazione della legge viene trovata nella sua stessa necessità ».[24]

Ma la « volontà alla quale si riporta la legge, la volontà che fissa il giusto e l'ingiusto, non è senz'altro data, ma deve essere giustificata, e questa giustificazione si ritrova in via definitiva nella stessa volontà dei destinatari della legge »,[25] con l'effetto per cui, « negata ogni trascendenza, il problema dell'assolutezza della sovranità apr[e] la domanda sull'identificazione del sovrano: Hobbes [prepara] Rousseau ».[26]

La libertà si sacrifica così nel diritto, onde il problema, su cui si dovrà ritornare, di una libertà che è tale solo e sempre rispetto al passato, perché nel passato appunto individualmente e collettivamente perduta dagli appartenenti alla comunità per un vantaggio che è successivo e quindi futuro rispetto alla perdita di tale libertà; solo così operando potrà sorgere (in termini di beneficio individuale e collettivo) un ordine giuridico finalizzato alla pace, rendendo allora possibile quella vita sociale cui individualmente e collettivamente si aspira.

È all'interno di questo quadro che si pone il problema, di carattere necessariamente e insuperabilmente storico, del mutamento del diritto nei suoi rapporti con l'esercizio individuale della libertà, cui volontariamente si rinuncia per assicurare a ciascuno la « stessa sopravvivenza »[27] (e infatti « [c]onvivenza e legge vengono identificate »[28]); problema che in effetti rappresenta il *fil rouge* delle presenti pagine ascarelliane, e che vedremo ricondotto alla dimensione di un'interpretazione intesa in senso forte, prossima allo "storicismo assoluto": un'interpretazione che risolve la storia nel diritto e il diritto nella storia, ma addossando ai singoli la responsabilità etica dell'agire, di un'azione in vista del "bene", che cambia nelle sue manifestazioni ma perdura come tensione morale; così superandosi le prospettive parziali rap-

23 Ascarelli (1960) 11.
24 Ascarelli (1960) 11.
25 Ascarelli (1960) 11 s.
26 Ascarelli (1960) 12. E ivi (12 s.) Ascarelli osserva: « Solo una più profonda revisione, quale sarà compiuta da Kant, poteva superare una impostazione pattizia che finiva per dover porre sempre la libertà come una premessa pregiuridica che poi nel diritto stesso veniva sacrificata, quasi annullandosi per permetterne la vita ».
27 Ascarelli (1960) 14.
28 Ascarelli (1960) 15.

presentate dall'approccio "dogmatico", "concettuale", "giurisprudenziale", "legislativo" (con un approccio che non è troppo lontano da quello di Betti).

Ma torniamo alla prospettiva hobbesiana di un assolutismo che diventa garanzia di una libertà che si è perduta per porre fine a un conflitto sociale distruttivo, che annienterebbe comunque l'individuo e la sua stessa libertà: « Eliminato ogni elemento trascendente, e seppure nel suo residuo di una legge razionalmente o naturalmente data, ogni legge è giusta perché legge; l'affermazione rousseauiana si ritrova in Hobbes. L'assolutismo della legge e l'identificazione di legge e stato sono la conseguenza della riduzione della convivenza e volontà, del superamento di qualunque dicotomia tra un mondo della storia e un altro mondo alla cui stregua questo debba essere giudicato, di un conseguente ateismo nei cui confronti non v'è altro mondo che quello terreno ».[29]

Dunque ci troviamo di fronte a uno Stato fondato su basi individualistiche,[30] nell'interesse del singolo e per l'utilità del singolo;[31] ma se è così, vi è un'implicita legittimazione della ribellione contro l'ordine costituito tutte le volte in cui esso si traduca in *vulnus* contro quella stessa libertà che dovrebbe garantire e tutelare. In questo senso c'è allora la possibilità, per il singolo, di rompere quel patto da cui è derivato quel determinato ordine politico-giuridico, e il problema è appunto quello del « consenso attuale, mancando il quale torna bensì a vigere la legge belluina della natura, ma vien meno con ciò anche la "legittimità", la giuridicità della repressione ».[32]

Di qui la necessità di una reiterazione del consenso alla rinuncia alla propria libertà, consenso che ha da essere sempre attuale confluendo esso nel riconoscimento della sovranità come soluzione di fronte alla ferinità dello "stato di natura" e della giustificazione come tale della legge, in quanto « dettata per permettere la convivenza »,[33] così riducendo il diritto a diritto

29 Ascarelli (1960) 15.

30 Ascarelli (1960) 17.

31 Ascarelli (1960) 19 scrive infatti che « Hobbes opera una riduzione (diremmo crocianamente oggi) del diritto all'economia; pone a fondamento una scelta economica utilitaristica secondo un orientamento che rimane poi presente nella tradizione del pensiero inglese da Hume agli utilitaristi benthamiani. Ed invero alla mera affermazione che la legge è sempre giusta, Hobbes fa subito seguire l'altra, che il problema consiste nell'identificare quella buona, quella utile e efficiente, affermazioni che si completano e integrano a vicenda ».

32 Ascarelli (1960) 17.

33 Ascarelli (1960) 18.

positivo e identificando legge e diritto – identificazione che si traduce (tornerò oltre sul punto) « in un criterio storicistico nell'interpretazione »,[34] anche in riferimento alla polemica con Coke.

Prosegue Ascarelli:

> Il sistema [hobbesiano] esclude dal mondo del diritto la morale, ma non nega affatto l'etica per ridurla a legge del sovrano ([c]omando pel singolo per la sua azione e non come sistema di norme date); conserva anzi quel più profondo accento morale che sempre si ritrova ogni qual volta l'etica non sia materializzata in un determinato contenuto e così giuridicizzata, ma invece riportata alla coscienza del singolo ».[35]

Il che significa quindi che il singolo conserva comunque quello spazio di libertà il cui presupposto è la morale individuale; da un lato, dunque, il diritto come sistema di norme è depurato da ogni contenuto morale, sostituendosi a esso l'utilità di ciascuno a vivere in una condizione di pace; dall'altro lato, però, la morale individuale resta, per così dire, nella disponibilità dei consociati, e opera quale *ratio agendi*. Di qui il riferimento allo storicismo, che Ascarelli riprenderà più avanti nel discorso: egli sottolinea come il pensiero giuridico moderno è tale appunto rispetto a un'etica che « rifiuta di fissarsi in norme materiali [vedendo] nel bene una continua tensione verso il bene. È questa posizione che poi rende possibile lo storicismo ».[36]

Lo storicismo è dunque possibile (ed è una possibilità che ha del paradossale, e il paradosso è ben sottolineato da Ascarelli), all'interno della prospettiva hobbesiana, appunto in forza della riduzione del diritto all'economia; nel senso che se il diritto – inteso come ordinamento – deve servire all'utilità dei singoli, cioè a rendere migliore la convivenza rispetto a quanto accadrebbe in assenza dell'ordinamento, ne consegue allora che i singoli possono contestare, dal punto di vista etico-morale, l'"utilità" delle norme che compongono l'ordinamento; c'è in sostanza la legittimazione alla ribellione a partire dalla razionalità e dalla libertà individuali (libertà di cui fa parte il prendere posizione sulla legge esistente, in forza di quella hobbesiana *reason of the vulgar* che Ascarelli guarda con favore per sottrarre il diritto al "monopolio dei dotti", lungo un percorso che condurrà alla democrazia); a partire, potremmo dire impiegando l'efficace ma scarsamente considerata

34 Ascarelli (1960) 18.
35 Ascarelli (1960) 18.
36 Ascarelli (1960) 18, nota 44.

proposta teorica di Bruno Leoni,[37] dalle pretese individuali dei consociati (su cui ritornerò). E si tratta di pretese che vanno giudicate in forza di un criterio che è bensì utilitaristico ma non restringibile all'esclusiva dimensione materiale dell'essere umano, anzi estendendosi e coprendo esso tutto il campo dell'agire individuale. Tutto ciò porta allora a incentivare l'azione del singolo, al quale non potrà essere opposto l'ordinamento nella sua 'oggettività',[38] perché tale oggettività è in realtà un risultato cui tendere ma mai raggiungibile; e proprio all'interno di questa tensione opera la libertà del singolo, che assumendo sempre e comunque un connotato etico-morale è in sé forza trasformatrice (almeno in potenza, cioè nel senso di un tendere alla trasformazione dell'esistente).[39] Dunque lo storicismo entra nel discorso di Ascarelli nella prospettiva del mutamento del diritto come necessità appunto storica, a partire dalle necessità degli individui che nella storia agiscono; una necessità che è perciò etica, perché per agire bisogna rappresentarsi un fine cui tendere; e questo fine discende dalla "visione del mondo" che si ha, e in vista della quale ci si impegna e si opera:[40] « Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore […] ».[41] La legge opportuna è quindi quella che si modifica in relazione alle nuove esigenze individuali (quando, può aggiungersi, abbiano raggiunto un tasso minimo di rilevanza sociale, e cioè siano sufficientemente diffuse); ma qui allora sorge il successivo problema (che è forse "il" problema soprattutto dell'Ascarelli della maturità) del difficile rapporto tra continuità e discontinuità storica e quindi

37 Leoni (2004).

38 All'uopo possono essere richiamate alcune nette prese di posizione di Satta (1959), spec. 16 ss., e in particolare 19, ove si legge che « non vi è, al di fuori del concetto, un ordinamento obbiettivato, un dualismo fra soggetto e ordinamento ».

39 Sarebbe allora interessante riflettere in parallelo sulla filosofia della *praxis* gramsciana. Più in generale v. Rescigno (2014) [questa e le altre relazioni tenutesi in occasione del Convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei di Roma in data 30–31 gennaio 2014 possono essere riascoltate sul sito internet di Radio Radicale: *https://www.radioradicale.it/scheda/402259/attualita-del-pensiero-di-antonio-gramsci-convegno-in-occasione-della-edizione* (prima giornata); *https://www.radioradicale.it/scheda/402260/attualita-del-pensiero-di-antonio-gramsci-seconda-giornata* (seconda giornata)].

40 Ascarelli (1960) 20: « Valutazione etica e valutazione utilitaristica della legge tenderanno a coincidere (attraverso la estensione della considerazione utilitaristica a tutto il genere umano) ed appunto in quanto il momento etico individuale viene da un lato concepito autonomamente e dall'altro coordinato con un fine universale ».

41 Ascarelli (1960) 69; e v. *infra* nota 91.

interpretativa, sul quale appunto le riflessioni di Ascarelli andrebbero riprese e criticamente ripercorse, se non altro perché egli, in ragione della morte prematura, non riuscì a dar vita a una compiuta teoria dell'interpretazione, come forse avrebbe avuto in animo di fare.[42]

Ma allora, se la libertà del singolo non può essere cancellata, appunto perché fondata a partire dall'etica individuale, essa va direttamente a intersecarsi con la questione dell'ordine sociale, ché infatti « la libertà è definitivamente sacrificata e ritrovabile solo col ritorno allo stato di guerra »,[43] così ritornandosi a una contrapposizione che in Hobbes è insuperabile e « il cui superamento solamente potrà dare lo stato democratico ».[44]

Si può del resto soggiungere che, *mutatis mutandis*, anche lo Stato democratico può conoscere un problema di "assolutismo", quell'assolutismo della maggioranza che da più parti è stato da tempo denunciato, sottolineandosi come anche la legge prodotta da una procedura democratica, una volta entrata in vigore, ponga necessariamente il problema del suo costante adeguamento in relazione agli svolgimenti storici della comunità i cui rappresentanti hanno già legiferato. Donde il tema, oggi attualissimo proprio nelle società liberal-democratiche e come tali società aperte, della crisi della sovranità democratica *sub specie* di "sovranità parlamentare", di fronte al crescente fenomeno di trasformazione del diritto a opera della giurisprudenza, in questo senso creatrice di diritto,[45] e forse "sovrano occulto". Una sovranità parlamentare in crisi in quanto presupposto dell'assolutismo legislativo; crisi che porta alla domanda se da una "democrazia legislativa" si possa passare a una "democrazia giudiziaria", soprattutto al fine di adeguare i mutamenti del diritto in conformità con i tempi di attesa dei consociati, i quali spesso reagiscono attraverso lo strumento processuale (e quindi ritorna l'idea della pretesa individuale quale strumento di cambiamento), sia in presenza di un vuoto normativo, sia in presenza di una previsione normativa che in quanto

42 Cfr. quanto ha significativamente osservato Tunc (1966) ix (che riproduce le parole scritte nel 1960 in occasione del necrologio di Ascarelli), riferendo di un colloquio avuto con quest'ultimo « [p]eu de temps avant sa mort »: « Seule l'intéressait vraiment la philosophie du droit, vue notamment sous l'angle historique ».

43 Ascarelli (1960) 20.

44 Ascarelli (1960) 21.

45 V. la colta e appassionata critica che si legge in Luciani (2016).

tale configura una staticità che si oppone alla vita sociale[46] e di cui si tenta il superamento per via giudiziale.

Esattamente in questo senso, mi pare, emergono le ragioni di una libertà individuale che possa efficientemente operare « nella determinazione della legge ».[47]

3. L'interpretazione del diritto e il problema dello sviluppo storico-sociale

A questo punto del discorso Ascarelli si focalizza sull'interpretazione: e se « Hobbes è tra gli smaliziati che sanno che ogni legge ha bisogno d'interpretazione »,[48] tuttavia egli ritiene che non sia possibile superare i « dubbi che il testo può porre senza tradire la volontà sovrana… finendo allora per negare l'interpretazione stessa »,[49] all'uopo elaborando allora « criteri interpretativi risalenti alla *ratio* della legge ».[50]

È su questo terreno che si svolge la disputa tra Hobbes e Coke, e quest'ultimo finirà « per segnare un punto »,[51] ma è anche il terreno sul quale, per dir così, lo stesso Hobbes va oltre se stesso, approdando a uno "storicismo interpretativo".

Vediamo perciò, pur brevemente, i termini della questione per come li presenta Ascarelli:[52] Coke difende l'idea di una legge di ragione (il riferimento è alla famosa, o piuttosto famigerata, *naturalis ratio*) che trascende la legge degli uomini; Hobbes difende l'idea della legge come comando del sovrano (e, potremmo dire, come comando di chi esprime la sovranità, quindi, in termini contemporanei, il discorso ben può estendersi alla sovranità democratica), rispetto alla quale legge, e ai fini interpretativi, emerge il

46 In questo senso si può ancora vedere Satta (1959) 18 s.: « [L]a giurisdizione non presuppone affatto la legislazione: ma ci sembra che questa distinzione, almeno sul piano logico, metta in chiara luce il rapporto fra giudizio e realtà, il ricrearsi della realtà come verità attraverso il giudizio ».

47 Ascarelli (1960) 21, nota 47.

48 Ascarelli (1960) 24.

49 Ascarelli (1960) 25.

50 Ascalli (1960) 25.

51 Ascarelli (1960) 25.

52 Ascarelli (1960) 25 ss.

criterio della *ratio legis*, in questo senso contrapposta alla *naturalis ratio*. Laddove la *naturalis ratio* è statica (appunto perché preesistente alla legge e uguale a se stessa, rispondendo a un ordine di ragione che sovrasta la ragione umana e quindi la storia come processo in continuo svolgimento), la *ratio legis* è dinamica (e qui riaffiora il problema e forse la contraddizione hobbesiana), perché, posta l'esistenza della legge del sovrano, e posta l'insuperabile necessità della legge di dover essere interpretata per poter essere applicata, la legge entra automaticamente nella dimensione della storicità, intesa qui nel senso dello svolgimento appunto storico della società; uno svolgimento che, come tale, è trasformazione, a fronte della quale il ricorso alla *ratio legis* è garanzia di fedeltà al precetto (continuità), ma una fedeltà dinamica in ragione del contesto (discontinuità), e pertanto la *ratio legis* apre all'interpretazione "storicamente adeguata".

Ascarelli segnala in questo senso anche la « superiorità democratica di Hobbes »,[53] perché, laddove Coke si appellava « a quell'*artificial reason* che [egli] voleva rivendicare come monopolio del giurista e con la quale voleva affermare la razionalità della legge contro la sua storicità »,[54] Hobbes sostiene che « basta la ragione di ciascuno, la *reason of the vulgar* come era stata chiamata nel Leviathan »:[55]

> Politicamente Hobbes rivendicava proprio l'autorità del sovrano da un lato e la ragione dell'uomo comune dall'altro (*the vulgar*) contro il monopolio che Coke rivendicava a favore di una "corporazione" di giuristi; nei confronti di un privilegio medioevalizzante rivendicato da Coke, Hobbes rivendicava lo stato moderno e quella ragione che è data a ciascun uomo e che sempre viene negata attraverso lo schermo di una misteriosa e non indagabile tecnica.[56]

La questione ritorna oggi,[57] quando si contrappone un diritto giurisprudenziale frutto di una conoscenza tecnica (che è potere) di ceto (appunto il ceto dei giuristi), e come tale connotato da certo un tasso di aristocratismo, alla volontà democraticamente espressa dalla e nella legge del parlamento.

Ma la contrapposizione tra Hobbes e Coke fa sorgere altri interrogativi.

53 Ascarelli (1960) 29.
54 Ascarelli (1960) 29.
55 Ascarelli (1960) 29.
56 Ascarelli (1960) 29 s.
57 V. ancora Luciani (2016).

Da un lato, infatti, il riferimento alla *reason of the vulgar* può legittimare appunto quell'azione individuale che, tanto in chiave interpretativa (e si pensi, prima di tutto, all'interpretazione che della legge fa il destinatario, cioè il cittadino, per decidere come determinarsi all'azione) quanto in chiave applicativa, provoca, in riferimento al cosiddetto diritto vivente, il mutamento della norma di fronte a una disposizione che rimane immutata.

Dall'altro lato, tuttavia, il riferimento all'*artificial reason* indica anche che, se il diritto è un sapere tecnico e come tale riservato a un ceto intellettuale, questo medesimo ceto, appunto in virtù d'interpretazione (attività tecnica per eccellenza), può introdurre mutamenti del diritto e nel diritto, e ancora una volta fatto salvo il testo della legge.

Con la conseguenza che Hobbes, non potendo se non rifiutare l'idea del carattere creativo dell'interpretazione, « perché il suo comando sovrano rimaneva sostanzialmente un comando già posto anziché sempre riformulato in un consenso; ammettendo invero un continuo ritrovamento del comando, l'assolutezza stessa della sovranità avrebbe, pur nella riaffermazione, acquistato altro significato e a una storia vista essenzialmente come passato si sarebbe sostituito un presente aperto al futuro […] »,[58] è superato da Coke sul piano della "politica del diritto"; il quale Coke segna così il suo punto di vantaggio perché, per usare appunto l'espressione tarelliana, compie consapevolmente un'autentica e raffinata operazione di politica del diritto: « La rivendicazione medioevalizzante di Coke era in realtà strumento per costituire, sotto lo schermo della riaffermazione di antiche tradizioni, moderne libertà […] ».[59]

Ecco che allora la *naturalis ratio*, la razionalità che trascende la legge umana, viene incorporata nell'*artificial reason* del giurista, che, in quanto dotto e pertanto sapendo ciò che il *vulgar* non sa, è in grado, nel corso del tempo, di controllare e governare i movimenti del diritto; una *naturalis ratio* che quindi si umanizza, storicizzandosi, e così "ritorna sulla terra", e lo fa venendo attratta nella sfera della sapienza tecnica di un ceto che acquisirà legittimazione nel governo della giuridicità; un governo che non potrà essere dunque qualificato assolutistico perché, appunto staccando il diritto dalla legge (operazione di politica del diritto), condurrà a presentare la *common law* come il frutto di un'evoluzione spontanea, idea che, se « è certo critica-

58 Ascarelli (1960) 30.
59 Ascarelli (1960) 31.

bile storicamente »,[60] ha senza dubbio esercitato e continua a esercitare un indiscutibile fascino intellettuale (e basti citare qui, quale esempio particolarmente significativo, il vero e proprio 'amore a prima vista' di Friedrich Hayek per Inghilterra e *common law* inglese, destinato ad accompagnarlo per tutta la vita), soprattutto perché ha dalla sua la forza di essere percepita come una « conciliazione tra storia e ragione ».[61]

Una conciliazione, del resto, mai facile perché interna tanto alla storia quanto alla ragione, ragione che così diviene storicizzabile e assume inequivocabili tratti d'immanenza, in un percorso (per usare un'aggettivazione gramsciana) "molecolare", rispetto al quale le continuità e le discontinuità sono sempre compresenti e sempre superate. Una conciliazione che ha la sua premessa nella contrapposizione costante tra un "diritto", mancipio del giurista, e una "legge", mancipio del parlamento, tant'è vero che (ne ho fatto cenno anche più sopra) essa è fortemente avvertita all'interno delle contemporanee democrazie, perché, a monte, è ineliminabile il conflitto sotteso a ogni esigenza di mutamento del diritto. E infatti, nell'attuale momento, quando ormai sono robuste le critiche nonché le insofferenze[62] verso quello che si potrebbe provocatoriamente chiamare "creazionismo giudiziario",[63] ritorna lo scontro tra una *reason of the vulgar*, che è incorporata dalla legge attraverso il meccanismo della rappresentanza parlamentare, e quell'*artificial reason* che invece sottrae al parlamento, e quindi, secondo alcuni, alla democraticità, quella sovranità che non dovrebbe essere monopolio di ceto perché diffusa nel popolo appunto per mezzo delle procedure democratiche. Ma come dicevo sopra, anche la democrazia parlamentare può degenerare in "assolutismo democratico", realizzatosi ad esempio nella tendenza a fare del testo legislativo, se non un feticcio, comunque un ostacolo al necessario svolgimento del diritto nella dimensione della storicità; e in questo senso, oggi come allora, l'appello al giurista (e in particolare al giudice) contro il "sovrano democratico", per eterogenesi dei fini o per una strategia di politica

60 Ascarelli (1960) 31.
61 Ascarelli (1960) 32.
62 V. ancora Luciani (2016).
63 L'espressione "creazionismo giudiziario" è, fin dal titolo, in Barberis (2015), ma l'autore, in senso opposto, la usa riferita alla « concezione del diritto più diffusa qui e oggi: un mix di positivismo e di realismo giuridico – continentali – che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge e il *common law* a un'eccentricità inglese, tipo la caccia alla volpe) » (68).

del diritto consapevole, si rivela essere ancora una volta uno strumento efficace per approdare a quella "conciliazione" tra storia e ragione che attualmente si presenta nelle forme di un giudice che compete con il legislatore: un giudice che ha il vantaggio, rispetto al legislatore, di poter trasformare il diritto nel momento del processo e in presenza di una lite,[64] dando così luogo a un meccanismo trasformativo che può assumere (e non si può negare che spesso sia in effetti così) tratti di maggiore vicinanza alle esigenze della libertà individuale (quella libertà che spinge all'azione, anche all'azione processuale), e che invece, non paradossalmente, la democrazia di massa può non pienamente valorizzare.

4. L'ordine giuridico e il problema della sua "oggettività"

Anche in Leibniz il problema interpretativo è centrale, e Ascarelli sottolinea anzi come la novità e la modernità di quest'ultimo stia proprio nell'affermazione « che il diritto non ha senso fuori dall'applicazione, e che l'applicazione deve poter essere argomentata per ogni possibile caso nonostante peculiarità di situazioni di fatto o antinomie di testi ».[65] Ma « [l]a chiave della soluzione è… data dalla logica, dalla ricostruzione sistematica »,[66] appunto nell'idea (diversa e anzi opposta a Hobbes) per cui il diritto è quello « vigente e tramandato »,[67] e l'interpretazione rinviene la sua forza proprio nella circostanza che il sistema non solo è dato ma ha una sua logica interna, in quanto « espressione di un ordine razionale sottratto alla storia e alla volontà »;[68] dunque proprio questa logica interna può essere dispiegata attra-

64 E del resto si può ancora una volta richiamare Satta (1959) 17 s.: « L'ordinamento si identifica… col giudizio, con la giurisdizione nei due indissociabili elementi della postulazione (azione) e del giudizio propriamente detto. La risoluzione dell'ordinamento nella giurisdizione è comprovabile in molti modi: storicamente in quanto è noto che la primitiva formazione dell'ordinamento è giudiziale (il giudice precede il legislatore), e del resto l'ordinamento è in ogni tempo in perpetuo divenire attraverso la giurisdizione; logicamente perché la norma si pone nel concreto, cioè esiste in quanto applicata, non avendo alcun valore la norma che rimane… pura enunciazione astratta…: senza considerare, ed è anzi preliminare constatazione, che la realtà è ordinata proprio perché c'è il giudizio che la riconosce ».

65 Ascarelli (1960) 35.

66 Ascarelli (1960) 35.

67 Ascarelli (1960) 34.

68 Ascarelli (1960) 37.

verso un'interpretazione logico-sistematica che rappresenterà un « modello di quell'indirizzo che secoli dopo sarà detto della giurisprudenza concettuale ».[69]

Ascarelli naturalmente non crede alle teorie giuridiche poggiate su se stesse, e cioè sul vuoto:

> La posizione rispondeva a quella della società nella quale il Leibniz operava; nella persistente sua struttura signorile e nella mancanza di una borghesia, in una sostanziale accettazione di un ordine costituito nei cui confronti ben modesto era il movimento di critica e riesame.[70]

Ma il pensiero di Leibniz non è statico,[71] e Ascarelli sottolinea come egli pervenga progressivamente a contrapporre « la logica del necessario (matematica) e quella del contingente (giurisprudenza) ».[72] Quindi anche in Leibniz in qualche modo la storia fa breccia e penetra nella tematica ermeneutica, così potendosi distinguere tra un'esegesi *ex textu* (interpretazione conforme alla *ratio legis*) ed esegesi *ad textum* (interpretazione letterale).[73] In Leibniz permane del resto la tensione che Ascarelli rappresenta nei termini di una contrapposizione tra storia interna, che è il dispiegamento della logica del sistema giuridico, e storia esterna, che è la storia degli uomini;[74] con la conseguenza che « [i]l passaggio dalla legislazione al diritto è il passaggio logico al sistema, sistema che ha un suo valore e un suo sviluppo interno, che

69 Ascarelli (1960) 38.
70 Ascarelli (1960) 39.
71 Si v. la splendida biografia di Leibniz scritta da Antognazza (2015): sul Leibniz "giurista" spec. 80 ss. e 309 ss.
72 Ascarelli (1960) 40, nota 103.
73 Ascarelli (1960) 43, nota 115 *in fine*. E si veda il commento di Romagnosi (1845) 98, § 262, il quale, partendo da Leibniz (anche con accenti critici), distingue appunto tra un'esegetica razionale e un'esegetica letterale: « La razionale fu appellata *ex textu*, la letterale ad *textum* », impostando in questi termini la distinzione: « La razionale si occupa a determinare, con la scorta di varj testi che hanno fra loro connessione d'oggetti e di ragione, la mente del Legislatore, senza badare all'ordine materiale con cui stanno nel Codice. In essa non si tratta della corteccia delle parole, ma sì bene dell'intrinseca disposizione della legge, il cui senso si ha in mira o di sostenere, o di confutare… Ma, oltre al testo della legge, vi sono altri sussidj, dei quali lo studioso si deve giovare nell'Esegetica; e questi sono: 1. i motivi che accompagnano le leggi medesime; 2. le decisioni dei Tribunali; 3. le argomentazioni dei Trattatisti; 4.° le consultazioni per la verità degl'illustri Giureconsulti ».
74 Ascarelli (1960) 44.

trova conferma e dispiegamento nella storia, ma che idealmente la precede; sistema pel cui progressivo esperimento la storia offre l'occasione ».[75] Prospettiva, questa, che peraltro non necessariamente mette in scacco l'interpretazione riducendola a un mero svolgimento della logica interna del sistema, perché, anche se la storia dell'uomo va ricondotta al sistema giuridico in forza di una razionalità intrinseca a quest'ultimo che anticipa gli svolgimenti storici futuri, si porrà comunque un problema interpretativo di adeguamento, per così dire, della cosa all'intelletto, cioè dell'accaduto al sistema, secondo il procedimento classico di sussunzione, che però in sé già contiene il presupposto per il suo superamento, nel senso della parzialità e quindi dell'insufficienza del logicismo giuridico, come tale inidoneo a realizzare compiutamente quell'operazione di adeguamento che invece si prefigge di compiere. Ciò che del resto ancora sta verificandosi, così infatti riproponendosi anche oggi la questione dei limiti dell'interpretazione e dei rapporti tra storia e diritto, nonché tra diritto e legislazione.

Peraltro – osserva Ascarelli –, Leibniz non era insensibile

> a differenze storiche e ambientali, insensibilità che sarebbe stata in contrasto con tutto il rilievo dato dal Leibniz all'individualità, ma che apriva appunto il problema di una conciliazione tra necessario e contingente, universale e individuale che diviene più evidente nel secondo periodo dell'opera leibniziana, nel quale corrispondentemente lo stesso concetto di giustizia si fa meno matematico.[76]

Uno dei problemi che Leibniz si propone di risolvere è infatti quello della « conciliazione tra ordine universale e individuo »,[77] conciliazione che nella prospettiva giuridica è espressa dal tendere del diritto positivo, *ope interpretationis*, a quel diritto naturale il quale, inteso quale deposito della *naturalis ratio*, è precostituito allo sviluppo storico, e come tale rappresenta un sistema chiuso, perché « l'assente dal sistema è forse proprio la storia come opera collettiva »:[78] « Le verità giuridiche sono virtualmente innate e l'esperienza è occasione al loro sviluppo »;[79] « la probabilità di verità che si coglie nel

75 Ascarelli (1960) 44, che, in nota 133, aggiunge: « Nota la persistenza di questa posizione non troppo lontana da quella ora sostenuta da Betti facendo capo a un eccesso di normatività, eccesso già *ab initio* contenuto, ma che poi si discoprirebbe col tempo ».

76 Ascarelli (1960) 53.

77 Ascarelli (1960) 54.

78 Ascarelli (1960) 57.

79 Ascarelli (1960) 55. E cfr. Antognazza (2015) 476: « [L]'esperienza desta ciò che resterebbe altrimenti come dormiente ».

diritto positivo non è che un momento del cammino della necessaria verità del diritto naturale ».[80] La parola chiave è qui « probabilità », e lo è « sotto il profilo della verità del diritto e collegandosi… alla distinzione tra necessità e possibilità; tra certezza matematica e certezza morale; tra principî a priori e a posteriori. Nello sforzo appunto di trovare nel concetto di probabilità il raccordo e il completamento del sistema »;[81] perché « [i]l problema leibniziano è appunto quello di trovare nella probabilità un oggettivo criterio di verità, ritrovando in essa una logica del contingente in contrapposizione con una logica del necessario (quale la matematica), logica quest'ultima insufficiente nel diritto ».[82] Ma la probabilità apre allora la via alla libertà individuale,[83] perché proprio la libertà di azione è ciò che consente di raggiungere quella perfezione del sistema, che è già in sé ma non è ancora oggettivato, se non come progressiva concretizzazione storica che si attua nella libertà; la libertà è allora strumento di verità in questo senso: l'*a priori* della *naturalis ratio* diventa l'*a posteriori* della, e nella, libertà dell'uomo, perché è impossibile conoscere l'oggettivazione della *naturalis ratio* se non nella storia, che dunque funzionerà come meccanismo di adeguamento appunto fondato sulla probabilità di conseguire quel risultato che è oggettivamente certo fin dal principio quanto alla sua esistenza, ma è altrettanto incerto quanto al suo raggiungimento, del quale è condizione necessaria l'esercizio della libertà.

Ma allora la libertà dell'azione è indispensabile affinché tale raggiungimento sia almeno probabile. E si tratta di una probabilità (ma qui è il pensiero di Ascarelli che si sovrappone a quello di Leibniz: e del resto si può notare come in pressoché tutte le pagine Ascarelli dialoghi senza infingimenti con i due grandi del passato, e ciò proprio per sottolineare, in senso crociano, come la storia dell'uomo sia la storia della lotta per la libertà) intesa « non come logica che permetta di scoprire una già posta verità, ma come previsione di successi e di effetti, come calcolo di possibili effetti

80 Ascarelli (1960) 55.
81 Ascarelli (1960) 57.
82 Ascarelli (1960) 57 s.
83 Ed è significativo che un autore così sensibile alle ragioni della libertà individuale si sia occupato della questione: Leoni (1947). Cfr. anche Zarka (1997): su Leibniz 439 ss.; e v. il seguente rilievo (440, testo e nota 25): « [I]l termine soggetto di diritto, *subjectum juris*, si trova esplicitamente in Leibniz. Andiamo ancora più in là: Leibniz ne è probabilmente l'inventore ».

negativi o positivi rispetto a un fine desiderato; come… scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare ».[84]

Il senso dello sguardo leibniziano al sistema e all'interpretazione logico-sistematica sta dunque in ciò: che attraverso l'interpretazione si riconduce la realtà e quindi la storia nell'alveo di quella *naturalis ratio* che trascende l'uomo (e in questo senso Ascarelli sottolinea come, in Leibniz, l'interpretazione, « necessario strumento euristico per cogliere una verità… è sempre dichiarativa di un dato già esistente »[85]), poiché la storia è semplice « successivo svolgimento di già poste verità »,[86] così « trasportando ad un diritto storicamente dato gli attributi di un diritto naturale e meglio ancora… accentuando nei confronti di un sistema dato la possibilità di un suo razionale ordinamento ».[87]

Di qui l'influenza di Leibniz sulla "moderna" dogmatica, in ragione della

> costante tendenza della dogmatica all'idealizzazione del diritto tramandato inteso quale punto di arrivo nei cui confronti gli sviluppi attuali vengono considerati quale tralignamento. Posizione però questa che la dogmatica, nel suo riferimento al diritto positivo, pur deve rifiutare, tornando allora alla dicotomia con un mondo giuridico frutto della storia, della umana volontà e della umana azione, che tuttavia attraverso un suo ordinamento sistematico pur potrebbe assurgere a ordinamento esauriente e definitivo ».[88]

Con il che ci troviamo di fronte a un problema pressoché insuperabile, perché se fosse superabile ci imbatteremmo davvero nella "fine della storia": mi riferisco al problema del rapporto tra un ordinamento che precede o che comunque insegue la sfera degli umani accadimenti e uno svolgimento storico che come tale tende necessariamente al futuro (separandosi dal passato in modi che possono anche essere traumatici).

Una possibile soluzione (che è poi del resto quella oggi in campo) sembra passare non tanto per il sentiero ormai invero piuttosto battuto della "discrezionalità giudiziale"[89] e di tutto ciò che può ricondursi alle questioni di tecnica interpretativa in senso stretto, quanto soprattutto lungo la via che

84 Ascarelli (1960) 67.
85 Ascarelli (1960) 59, testo e nota 177.
86 Ascarelli (1960) 62.
87 Ascarelli (1960) 61.
88 Ascarelli (1960) 63.
89 Non ha perciò torto Nivarra (2015) 585 nel qualificare la questione come « ormai abbastanza trita ».

conduce a un'espansione della giuridicità per via interpretativa (e la vicinanza con la proposta "pan-ermeneutica" di Betti è notevole); il che suggerisce non già un mero ripensamento, anche in chiave gerarchica, delle fonti del diritto, ma la necessità di adeguare questo pluralismo nomo-poietico prodotto dalla pluralità delle fonti alla ricchezza assiologica del contesto storico-politico (e ciò per via ermeneutica), contesto che, quanto meno all'interno delle società liberal-democratiche, e come tali "aperte" (riutilizzo questo aggettivo, nel segno del « cammino della civiltà che diciamo moderna »[90]), esprime un progressivo e costante ampliamento delle libertà individuali,[91] rispetto al quale fenomeno il ruolo della giurisprudenza può essere allora oggi appunto ripensato in chiave teorica quale fonte di produzione del diritto attraverso un massiccio ricorso all'ermeneutica, in competizione con il legislatore. Tutto ciò, come accennato, in un quadro generale che evidentemente mette in crisi il tradizionale assetto della democrazia "legislativa", se non altro in ragione dei tempi di risposta del legislatore rispetto alle aspettative di tempo dei consociati,[92] onde l'incalzare di un modello di democrazia "giudiziaria", fenomeno rispetto al quale il giurista è chiamato a prendere posizione in quanto tale modello è una delle forme rappresentative della giuridicità contemporanea, e sul quale il giurista può e deve incidere, poiché, come ancora Ascarelli ha scritto (e il monito può senza dubbio essere fatto nostro anche oggi), è « costante e inevitabile l'influenza delle valutazioni dell'interprete, riflettendosi nella interpretazione e nello sviluppo dottrinario le convinzioni dell'ambiente, le sue tradizioni, le sue speranze ».[93]

Una giurisprudenza, allora (e qui semplicemente evoco alcune intuizioni rimaste allo stato frammentario di Bruno Leoni[94]), che possa operare quale

90 Ascarelli (1960) 65.

91 In questo senso leggiamo infatti nella parte finale dello scritto [Ascarelli (1960) 69]: « Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore, senza perciò insieme affermare un'origine generale. Ma non v'è mai ordine posto che possa sostituire la responsabilità dell'azione e della scelta, facendo della nostra azione mera applicazione di univoche nozioni date; il momento volontaristico della libertà tornerà sempre a contrapporsi a quello intellettualistico di un ordine morale già posto. E la dicotomia si riproduce nella esperienza giuridica, pel legislatore e per l'interprete… E tra i due momenti [*scil.* volontaristico e intellettualistico] ricorrentemente si inserisce, come mediatrice, la probabilità alla quale si affida l'azione per la sua conciliazione con un ordine generale ».

92 Cubeddu (2016).

93 Ascarelli (1956) 86.

94 V. spec. i saggi raccolti in Leoni (2004).

“ragion pratica” dello sviluppo del diritto, in una costante attualizzazione di esso, e quindi in un costante superamento del diritto posto (quale ne sia la fonte), nell’idea che l’interpretazione non può essere intesa « come ripetizione o dispiegamento, ma come posizione di un atto di volontà, se pure vincolato a un dato ».[95] Un vincolo (e qui sta il problema più spinoso) che certo oggi non può non tener conto di quella massa (a volta anche, se non caotica, difficilmente controllabile) di fonti “nuove” (e non tutte, come noto, hanno la stessa incidenza, ma tutte in qualche modo partecipano alla trasformazione di questo “dato” da cui l’interprete non può non muovere); ma con la precisazione che la giurisprudenza (una giurisprudenza che, beninteso, non potrà essere considerata solo in prospettiva “nazionale”) realizza la funzione di rendere attuale la volontà delle parti del giudizio rispetto alle pretese da esse fatte valere, così dunque armonizzando tali pretese in un contesto democratico: una democrazia che, intesa soprattutto come luogo politico nel quale la libertà individuale trova realizzazione, è e deve essere in costante espansione; una democrazia rispetto alla quale la giurisprudenza svolge il ruolo di forza centripeta e di forza centrifuga. Si tratta insomma di un progressivo e costante superamento del “diritto” ma non della “giuridicità”; superamento necessariamente realizzato per via interpretativa, posto che, sempre, l’interpretazione del diritto fa propri i problemi dell’attualità. Se è così, l’interpretazione, appunto in quanto tecnica, non potrà che partire dal diritto per poi allontanarsene, ma la perduta continuità con il diritto (e la sopravvenuta discontinuità con esso) viene allora recuperata sul terreno della giuridicità, in relazione alla quale si afferma, anche metodologicamente, il valore della continuità quale necessità storica con riguardo alla sfera della libertà e dell’azione, perché non ci può essere azione se non v’è libertà.

A questo proposito possono essere richiamate le seguenti parole di Ascarelli:

> Il giudizio sulla osservanza di questa continuità [tra applicazione della norma e interpretazione] è a sua volta affidato a un’attuale concordanza, a un sempre attuale, potrebbe dirsi, contratto sociale; questa concordanza sarà sempre posta in fine all’argomentazione sia per quanto concerne la identificazione del dato scelto a punto di partenza come per quanto concerne il suo sviluppo.[96]

95 Ascarelli (1960) 64.

96 Ascarelli (1960) 64. E ivi egli così prosegue: « Appunto di fronte a questa sempre attuale concordanza, la proposizione giuridica presenta solo una probabilità di verità, probabilità

Tale contratto sociale, che deve essere mantenuto costante perché esso rappresenta la garanzia di democraticità dell'ordine politico-giuridico, può quindi oggi ripensarsi nella prospettiva di un diritto giurisprudenziale nient'affatto (come tale) arbitrario, incontrollabile, al limite sovversivo di quell'ordine giuridico entro il quale si muove; al contrario il diritto giurisprudenziale può assumere un ruolo attivo nel senso di una fedeltà alla dimensione di una giuridicità storica e come tale immanente, che pertanto legittima gli scostamenti non tanto dall'oggettività del diritto, che non esiste, ma da quelle interpretazioni che è opportuno superare, in forza di un giudizio di valore che, se storicamente fondato, è destinato ad assumere centralità assiologica e quindi argomentativa (così certamente riavvicinandosi alla sfera dell'oggettività, ma nella consapevolezza metodologica che anche l'oggettività del giudizio deve adeguarsi a ciò che accade, non perciò divenendo più debole o meno persuasivo): « Le stesse diverse teorie dell'interpretazione si rivelano così strumento di azione e di determinate azioni »,[97] nella convinzione che le "parole del diritto" non possono che seguire lo sviluppo del diritto in ragione del cambiamento sociale, « sviluppo nel quale [i] concetti [dogmatici] trovano il loro criterio di verità »,[98] proprio nella prospettiva della logica del contingente che abbiamo prima visto, ma in questo modo divenendo così anche logica del necessario rispetto alle esigenze storiche (ciò che dà forza a quel "creazionismo giuridico" criticato in quanto sostanzialmente assunto come anti-democratico), e così forse superando quella che Ascarelli denuncia come « considerazione intellettualistica dell'interpretazione; il superamento di una considerazione dell'interpretazione intesa quale ricettario per discoprire ascosi significati e già poste soluzioni che solo attendono una loro esplicitazione ».[99]

che alla fine indica appunto il suo riferimento all'azione, la sua natura di programma che solo nell'azione trova la sua verità e il suo effettivo controllo ».

97 Ascarelli (1960) 65.

98 Ascarelli (1960) 65.

99 Ascarelli (1960) 68, e ivi l'importante nota 192, che qui mi limito a richiamare.

Bibliografia

Antognazza, Maria Rosa (2015), Leibniz. Una biografia intellettuale, trad. it., Milano

Ascarelli, Tullio (1949a), Diritti dell'America latina e dottrina italiana, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 4, 906–921

Ascarelli, Tullio (1949b), Sguardo sul Brasile, Milano

Ascarelli, Tullio (1956), Scienza e professione, in: Il Foro italiano, IV, 86–96

Ascarelli, Tullio (1960), Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica, in: Hobbes, Th., A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England / Leibniz, G.W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione, Milano, 3–69

Barberis, Mauro (2015), Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 44, 67–101

Birocchi, Italo, Brutti, Massimo (2016), (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino

Brutti, Massimo (2015), Emilio Betti e l'incontro con il fascismo, in: Birocchi, Italo, Loschiavo, Luca (a cura di), I giuristi e il fascino del regime (1918–1925), Roma, 63–102

Crifò, Giuliano (1962), Onoranze a Emilio Betti (Roma, 22 novembre 1962), in: Studia et Documenta Historiae et Iuris, 28, 520–525

Cubeddu, Raimondo (2016), La *natura* della politica, Siena

Leoni, Bruno (1947), Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz, in: Rivista di filosofia, 1–2, 65–95

Leoni, Bruno (2004), Il diritto come pretesa, a cura di Masala, Antonio, con Introduzione di Barberis, Mauro e Postfazione di Febbrajo, Alberto, Macerata

Lettieri, Nicola (2010), Fuori da uno splendido isolamento. Le scienze cognitive negli orizzonti della scienza giuridica, in: Sistemi intelligenti, 2, 323–336

Losano, Mario G. (2015), Tra Uruguay e Italia: Couture e Calamandrei, due giuristi democratici nell'epoca delle dittature europee, in: Polotto, María Rosario, Keiser, Thorsten, Duve, Thomas (a cura di), Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt am Main, 275–311

Luciani, Massimo (2016), Interpretazione conforme a costituzione, in: Enciclopedia del diritto, Annali IX, Milano, 391–476

Nivarra, Luca (2015), Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?, in: Europa e diritto privato, 3, 583–611

Rescigno, Pietro (2014) Gramsci e l'esperienza del diritto, in: Rivista critica del diritto privato, 32, 179–186

Romagnosi, Gian Domenico (1845), Opere (riordinate ed illustrate da De Giorgi, Alessandro), vol. VII, parte I, Milano

Satta, Salvatore (1959), Commentario al codice di procedura civile, libro primo. Disposizioni generali, sub art. 1, Milano

Somma, Alessandro (2015), Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine, in: Polotto, María Rosario, Keiser, Thorsten, Duve, Thomas (a cura di), Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt am Main, 11–46

Stella Richter jr., Mario (2009), Tullio Ascarelli studente, in: Rivista delle società, 6, 1237–1280

Stella Richter jr., Mario (2010), Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla Facoltà giuridica romana, in: Rivista del diritto commerciale, 3, 693–728

Stella Richter jr., Mario (2013a), « Ascarelli, Tullio », in: Dizionario biografico dei giuristi italiani, vol. 1, Bologna, 108–111

Stella Richter jr., Mario (2013b), Tullio Ascarelli avvocato, in: Rivista delle società, 1, 190–201

Tarello, Giovanni (1979), Recensione di: R. Orestano, « Azione, diritti soggettivi, persona giuridica », in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 9, 281–283

Tunc, André (1966), Préface, in: Hobbes, Th., A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England / Leibniz, G. W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. – De casibus perplexis. – Doctrina conditionum. – De legum interpretatione, avec une étude introductive de T. Ascarelli, traduite par Cl. Ducouloux-Favard, Paris, i–ix

Villa, Vittorio (2005), Il diritto come modello per le scienze naturali, in: Diritto & Questioni pubbliche, 5, 31–41

Zarka, Yves-Charles, L'invenzione del soggetto di diritto (trad. it.), in: Filosofia politica, 9, 428–443

Luigi Lacchè

Sulla Comparative legal history e dintorni*

1. La mia generazione

Non sono molte, in Italia, le occasioni per discutere, in forma rinnovata e con propositi più organici, del binomio antico « storia e comparazione (del diritto) ». Questo Seminario ferrarese, organizzato meritoriamente da Alessandro Somma e Massimo Brutti, offre quindi una rara opportunità, prefigurando l'avvio, davvero auspicabile, di « uno studio pluridisciplinare (che è il primo passo verso l'effettiva comunicazione tra discipline) ».[1]

Il binomio qui evocato, inteso da me quasi in termini di "precomprensione" culturale, lo ritengo parte integrante del mio percorso di formazione e compagno di viaggio nell'affrontare il *métier d'historien du droit*. Mi sono formato nella seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso dopo che la storiografia giuridica aveva avviato, in specie a partire dai primi anni Settanta, un significativo itinerario di rinnovamento per superare due rischiosi "isolamenti": dello storico-giurista rispetto alle scienze sociali, del giurista-storico rispetto ai cosiddetti giuristi positivi.[2] L'erudizione fine a sé stessa e di converso la "politicità" dell'operare in ambito intellettuale, e la dogmatica tutta racchiusa in un positivismo esangue e indifferente al mutamento sociale, politico ed economico, furono i principali terreni di discussione critica. In quel contesto la comparazione fu vista dagli storici più come "problema", come "stimolo", che come linguaggio formalizzato e come "metodo".

La storia del diritto "nazionale" – nell'ambito di una storiografia che aveva fortemente lavorato dal secondo dopoguerra sull'eredità spirituale del-

* Conservo i caratteri dell'intervento orale svolto in occasione del Seminario ferrarese con l'aggiunta dell'apparato bibliografico.

1 Così nel breve documento proposto dagli organizzatori e propedeutico al Seminario.

2 Cfr. in particolare Cappellini (2009) v–xxvii, Storti (2013) 9–31, Cernigliaro (2013) 293–323, ripercorrendo l'itinerario e in particolare l'attività quarantennale del fiorentino Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno.

lo *ius commune* quale tradizione di valenza continentale – non fece particolare fatica a seguire, come in un controcanto, la vicenda contemporanea della "costruzione europea" che, dalla dimensione economica, sembrava poter imboccare la strada della dimensione politica e "costituzionale". La manualistica ne offre ampia traccia[3] e la disciplina lasciò per strada nel 2000, conseguentemente, l'aggettivazione post-risorgimentale che evocava il marchio originario dell'"italianità"[4] per privilegiare invece il registro "neutrale" della storiografia generale (medievale, moderna, contemporanea). Il processo di costruzione europea schiudeva, in quella fase, gli orizzonti verso un "nuovo" spazio che sin dal primo dopoguerra era stato visto come lo scenario necessario per ricomporre il mosaico delle storie nazionali e la piattaforma culturale comune per riprendere il cammino interrotto drammaticamente dai terribili eventi bellici. Nel frattempo, la formazione del giurista è rimasta, in Italia (e non solo), per buona parte, "nazionale" ma i germi di "apertura" hanno prodotto qualche risultato significativo, sia nella ricerca che nella manualistica.

Nei miei trent'anni di attività di formazione, di ricerca e di insegnamento molte cose sono cambiate.

La storiografia ha enormemente ampliato gli orizzonti tematici e contenutistici, pur rimanendo in prevalenza dentro i confini della *Western Legal Tradition*. La storia ormai ha raggiunto la contemporaneità e il tradizionale baricentro "medievistico" e la dimensione dello *ius commune* si sono sin troppo assottigliati; le storie a base nazionale hanno conosciuto, come detto, una forte proiezione europea; l'antica dominanza della storia del diritto privato ha dovuto fare i conti con l'incidenza crescente delle forme di potere pubblico o para-pubblico di regolazione, controllo, indirizzo. Ai miei esordi un giurista studiava e parlava, in prevalenza, il tedesco e il francese, nell'ultimo decennio è esploso, collegato al tema della comunicazione scientifica e della stessa "geopolitica" del diritto, il fenomeno dell'anglicizzazione che semplifica per un verso il lavoro della comunità divenuta nel frattempo globale ma che pone interrogativi sul futuro delle mentalità "locali" e della profondità intellettuale dei lavori pubblicati in lingua madre. Tutti questi fenomeni hanno trovato un punto di arrivo nel dibattito e nelle trasforma-

3 Grossi (1993).

4 Sul concetto storico-giuridico di "diritto italiano" v. l'analisi di Costa (2013) e la ricostruzione di Spinosa (2013).

zioni concrete evocate dalla sin troppo generica categoria di globalizzazione giuridica. Una parte della storia del diritto non è rimasta ferma e ha iniziato a confrontarsi con i mondi "altri", passando attraverso gli studi post-coloniali e aprendo nuovi cantieri di ricerca e di confronto.

In questo percorso "generazionale" non posso non riconoscere molti tratti che hanno segnato il mio specifico cantiere di lavoro. Penso alla comparazione con il diritto francese, diventato terreno per analizzare le origini e lo sviluppo di una grande esperienza di modernizzazione, destinata a travalicare ampiamente i confini[5] nazionali. E al fatto che, negli ultimi venticinque anni, la storia costituzionale comparata, tra Italia, Francia, Belgio e Svizzera, è stato il mio terreno privilegiato per mettere alla prova il binomio « storia e comparazione ».[6] Raccogliendo nel 2016 i saggi pubblicati a partire dal 1995 ho potuto constatare, quasi *ex-post*, il senso di una esperienza di ricerca complessivamente organica. Mai come oggi mi rendo conto che una storia costituzionale comparata, in contesti storici situati ma in prospettiva globale, può aiutarci a decifrare meglio i due più importanti fenomeni del nostro tempo: da un lato valutare l'identità e la sostanza costituzionale di un nucleo vivente di tradizioni costituzionali europee; dall'altro considerare la storia costituzionale come utile strumento e chiave di lettura per affrontare i differenti livelli e le sfide del cosiddetto costituzionalismo globale.[7]

2. *Comparative legal history*: disciplina "autonoma" o, piuttosto, cantiere di lavoro e laboratorio di sperimentazione?

Gli storici – si suol dire – viaggiano nel tempo, i comparatisti nello spazio, ma la dimensione storica è ampiamente presente al comparatista, e quella spaziale, attraverso i metodi della comparazione, allo storico. Sono celebri la massima di Frederic William Maitland (non a caso uno scrittore inglese) secondo cui « history involves comparison »[8] e, altrettanto, il suo rovesciamento (« comparison involves history »),[9] suggerito con acume da Gino

5 Lacchè (1993), (1994), (1995a), (1995b), (1996a), (1996b) e (1998).
6 Lacchè (2016a).
7 Su questo fenomeno dell'ultimo ventennio rinvio a Lacchè (2016b).
8 Maitland (1911) 488.
9 Gorla (1964) 930. «Il comparatista deve guardare il diritto con occhi simili a quelli dello storico » (932).

Gorla, probabilmente il "più storico" dei comparatisti italiani. Ripeterlo fa cadere forse nella banalità ma la questione è seria. Diverse storiografie hanno affrontato il tema[10] e sottolineato gli errori di impostazione e i problemi di "comunicazione";[11] anche nel caso italiano, al di là delle immancabili eccezioni e dei buoni propositi, non si può dire che il dialogo tra gli storici e i comparatisti sia stato particolarmente significativo, neppure negli ultimi anni quando in ambito internazionale e specialmente europeo il dibattito ha assunto una notevole ampiezza. Con i comparatisti, per un verso, molto auto-centrati e assorbiti dal loro imponente *Methodenstreit*,[12] gli storici del diritto impegnati nella "difesa" – talvolta solo declamatoria – di una disciplina minacciata da più parti.

Nel luglio del 2009 ha mosso i suoi primi passi, a Valencia, l'idea di dar vita ad una *European Society of Comparative Legal History.* Nell'agosto del 2009 si tenne presso l'Università di Lund un seminario sulla storia giuridica comparata e, in particolare, sulle esperienze e le prospettive nel campo dell'insegnamento universitario. L'idea del seminario era nata ad Ottawa in occasione del meeting annuale dell'*American Association of Legal History.* Nella circostanza « the European participants concluded that there was a need for an internal discourse on Comparative Legal History in Europe ».[13] Il Seminario di Lund fu l'occasione per mettere a confronto e valutare le già esistenti esperienze di insegnamento della storia giuridica in chiave comparativa. « The acceptance of the invitation to this workshop – scrivevano gli organizzatori nell'Introduzione – demonstrated the need for legal historians to discuss how to handle the concepts of time and space in relation to law in our time when legal education and its curriculum are discussed and changed – more frequent than ever ».[14]

Kiell Modéer richiamava il contrasto tra i mutamenti "macro" degli ultimi decenni (l'espansione del diritto internazionale; la fine della "guerra

10 In ambito americano Donahue (1997) 1–17, Reimann, Levasseur (1998); nel 1998, uno dei temi centrali discussi nella XXXIII Conferenza degli storici del diritto tedeschi, fu il rapporto tra il diritto comparato e la storia giuridica. I contributi di Reimann, Luig, Graziadei, Cordes, Ewald, Johnston (1999) furono pubblicati nella *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

11 Gordley (2008).

12 Per una analisi critica dell'odierna identità del comparatista v. Somma (2014).

13 Modéer, Nilsén (2011) 9.

14 Modéer, Nilsén (2011) 9.

fredda"; il fenomeno variegato delle migrazioni post-coloniali; il concetto di diritti umani), lo sviluppo del "policentrismo" e il monolitismo dei sistemi giuridici nazionali:

> From a legal science perspective is developed an increasing schizophrenia between the national homogeneous monolithic legal system and its identity within the legal community on one hand and the claims from the *diasporas* on the other. In that respect we all are aware of the current conflicts between secular and religious legal systems within family law. How to handle multiculturalism is an essential part of the discussions for this workshop.[15]

La storia giuridica comparata è "riemersa" come sfida ai concetti della modernità,[16] dominati a lungo, anche a livello cognitivo, da un'idea generale e astratta di Stato-nazione[17] e dalla normatività identificata con la legge in senso formale. In questo contesto culturale, il diritto comparato e la storia del diritto erano destinati a "perdere" il confronto con altre scienze sociali. « In the current late modernity, however, comparative law and legal history have got a quite new and positive position within legal science ».[18] Secondo Modéer la storia del diritto e il diritto comparato sono coinvolti in un processo di fusione. « The ongoing Europeanization and globalization of the law have resulted in a new legal-meta-sphere, a supranational and transnational dimension of the law, which gives you quite new perspectives of the law ».[19] Si tratta di prospettive dove tempo e spazio interagiscono. Dove le differenze, le diversità[20] – se veramente tali e non mere "narrazioni nostalgiche" – diventano cruciali nella costruzione di nuovi paradigmi. Dove l'insegnamento del diritto non può più limitarsi alle dimensioni nazionali ma deve porre il problema della formazione di una « pluralistic legal mind for the transnational legal world ».[21]

Questo tipo di visione ha trovato nella European Society for Comparative Legal History (ESCLH), fondata a l'Aia nel dicembre del 2009, un inizio di *networking* animato da studiosi di diversa provenienza, interessati a sviluppare una riflessione metodologica e una pratica di ricerca incentrate sul

15 Modéer (2011) 14.
16 Per una riflessione recente Schiera (2016).
17 Per una critica recente Glenn (2013).
18 Modéer (2011) 14.
19 Modéer (2011) 16.
20 Meccarelli (2016); sul concetto di *global difference* v. Augusti (2016) 34 ss.
21 Così Husa (2009) 914, 925. Cfr. anche Chesterman (2009).

binomio storia e comparazione. Ogni due anni la Società ha organizzato, con crescente successo e numero di partecipanti, una conferenza internazionale (Valencia 2010, Amsterdam 2012, Macerata 2014, Danzica 2016). Nel 2013 la *European Society* ha promosso la nascita di una rivista internazionale presso Hart (poi l'editore è diventato Routledge) col titolo *Comparative Legal History*. Un *blog*, ben costruito e dinamico, che raccoglie informazioni di vario genere (bibliografiche, convegnistiche, link con altri siti e altre reti di ricerca) rappresenta un utile punto di riferimento.

All'interno di questo "movimento" possiamo situare una parte della riflessione e del dibattito internazionale in atto sulla *comparative legal history*. Ciò che la storia comparata enfatizza in questa "nuova" fase è la necessità "sistemica" di superare la concezione del diritto come fenomeno che i giuristi governano privilegiando i confini nazionali. Essa poggia su idee e proposte culturali che nel corso del Novecento hanno modificato la perdurante concezione ottocentesca del diritto. Tra le "sfide"[22] c'è il richiamo alla necessità di superare il persistente nazionalismo storiografico e la "segregazione" geografica della storia giuridica. Uno degli obiettivi della *European Society* è favorire la ricerca storico-comparativa "from two or more legal traditions". Il punto di partenza è quello, già evocato, che avvicina *naturaliter* storici e comparatisti:

> Comparatists and legal historians are both travellers: the one in space, the other in time. By necessity, both always look beyond present borders and boundaries, including those of our national legal systems, themselves products of past and place.[23]

Gli storici del diritto e i comparatisti dovrebbero valorizzare di più la loro intima vocazione a coltivare una visione pluralistica e culturalmente ricca del fenomeno giuridico. La Società è sì sorta in Europa, ma per guardare ad orizzonti più vasti, tenendo conto della « complexity of the various Western legal traditions world-wide » e con l'obiettivo di studiare « other laws and law-like normative traditions around the globe ».[24]

22 Così Ibbetson (2013) 1–11. «Just as an understanding of the modern law cannot but benefit from knowing how things are done elsewhere, and beyond that from a sophisticated comparison between different systems, so an understanding of legal history can only benefit from a transcending of national or systemic boundaries » (1–2).

23 Donlan, Masferrer (2013) iii.

24 Donlan, Masferrer (2013) iii.

L'ambizione della storia giuridica comparata è di essere più che una "sommatoria" o una combinazione artificiale di due metodi e di due discipline. L'obiettivo è anzitutto quello di comprendere meglio lo sviluppo di tematiche giuridiche in due o più contesti, nel tempo e nello spazio, per operare una ricostruzione "unitaria" (Augustin Parise). Nel volume *How to teach comparative legal history* molti dei contributi situano il tema all'interno di esperienze concrete di insegnamento della storia del diritto in prospettiva europea e comparata.[25] Sono soprattutto le realtà nazionali più piccole e "periferiche" a dare credito a questo approccio[26] mentre le storiografie "forti", "egemoniche", hanno stentato a mettere in discussione il paradigma nazionale.[27] Uno degli aspetti fondamentali è quello relativo all'insufficienza degli "standard" che fondano le narrazioni del diritto europeo "German-" o "French-" o "Italian-oriented". Queste storie lasciano fuori o comunque marginalizzano tutto ciò che non corrisponde allo "standard" o canone letterario. L'enfasi posta sulla tradizione dello *ius commune* già pone problemi di inquadramento nelle tre storie nazionali evocate, figurarsi in un panorama più vasto. « The legal historical agenda, or menu, is set by the centre, which can sometimes be irritating to colleagues working outside the core countries ».[28]

L'approccio comparativo è indispensabile allo storico. Molti fenomeni giuridici delle tradizioni occidentali non possono essere compresi attraverso la sola prospettiva nazionale. La comparazione è parte integrante dello statuto epistemologico (e viceversa) della storia del diritto e aggiungere l'aggettivo "comparativo" sarebbe quasi tautologico se non fosse che questo "ingrediente indispensabile" non sempre riceve la dovuta attenzione.[29] Praticare la

25 Sunnqvist (2011) 71–76, Heirbaut (2011) 93–105, van Rhee, van der Meer (2011) 143–155, Petersson Hjelm (2011) 157–169, Nilsén, Häthen (2011) 171–184, Michalsen (2013) 131–138.

26 Pihlajamäki (2011) 39–45.

27 Ma sul tema della formazione del giurista in una prospettiva "stateless" v. Dedek, van Praagh (2016).

28 « A much more serious problem is that the heavily centralised agenda of comparative legal history works, despite what I just said, for the benefit of the periphery – and for its benefit only. The agenda forces the peripheral legal historians to consider how their legal past differs from the centre's legal past, but it rarely forces the centre to rethink their own legal histories from a larger perspective », Pihlajamäki (2015) 126–127. E sono considerazioni che non valgono solo per il contesto europeo.

29 Cfr. Masferrer (2011) 122–123.

storia comparata non è semplice, avendo bisogno, tra l'altro, di una base di ricerche incentrate sull'*Historical comparison of laws*.[30] Le riflessioni degli ultimi anni sulla *comparative legal history* tendono, in taluni casi, a postulare il carattere di "disciplina autonoma", come evoluzione, nell'età della globalizzazione, della storia giuridica "nazionale". Pur se comprensibile, tale operazione rischia di individuare dogmaticamente e di "formalizzare" in chiave sistematica una sorta di "dover essere" che contraddice, invece, la ricchezza della riflessione e la sua vocazione "sperimentale",[31] come dimostrato dalle esperienze didattiche più orientate in chiave comparativa.

Tale dibattito non ha trovato in Italia una reale ricezione. Sono pochissimi gli storici e i comparatisti che hanno aderito alla *European Society* e hanno preso parte alle conferenze biennali. Siamo solo all'inizio. In questa fase, la storia giuridica comparata è da considerare, a mio avviso, anzitutto come laboratorio di riflessione, "spazio di confine",[32] dai contorni ancora poco definiti, dove sperimentare un dialogo aperto e costruttivo. La riflessione fin qui avviata sembra aver messo in luce almeno tre grandi temi che diventeranno, sempre di più, la "normalità" del mestiere dello storico del diritto. Mi riferisco: alla crescente necessità di collocare il proprio oggetto di ricerca (propriamente comparativo o anche solo "nazionale" o "locale") in un contesto internazionale;[33] alla *comparative legal history* come terreno concreto di pratica storiografica interdisciplinare e transdisciplinare; alla spazio-temporalità come dimensione della complessità del giuridico nel XXI secolo.

3. Sul binomio storia e comparazione: interconnessioni, paradigmi, visioni

Nella prospettiva di questi macro-temi, lo storico del diritto non può non porsi oggi la seguente domanda dall'evidente rilievo strategico: quale storia del diritto praticare in un mondo globalizzato che ha messo in crisi (ma non certo superato) il paradigma stato-centrico e l'ancora persistente visione occidente-centrica?[34] È in questa prospettiva che va ricollocato il tradizionale

30 Löhnig (2015) 113.

31 « We should not become obsessive about defining disciplinary boundaries now that we have finally managed to start removing them », Pihlajamäki (2014) 121.

32 Sulla metafora culturale della frontiera v. de Sousa Santos (1995) 574–576.

33 Così Pihlajamäki (2014) 129–130, Pihlajamäki (2015) 130, 132.

34 L'analisi più approfondita sul fenomeno della *Global Legal History* in Duve (2016).

binomio « storia e comparazione »? Probabilmente questo è uno dei contesti da privilegiare: esso offre alla "nuova" storia giuridica comparativa un significato ulteriore e una funzione di stimolo per meglio prendere in carico i vari livelli di complessità che contrassegnano i nostri tempi.

3.1 Spazio-temporalità e geopolitica del diritto

Nell'era massima delle interconnessioni a livello planetario le dimensioni del tempo e dello spazio hanno acquisito una congiunta "visibilità" epistemologica che per lungo tempo è rimasta perlopiù "divisa" tra storici e geografi.[35] Gli studi post-coloniali[36] – e per altro verso gli studi critici sulla storia del diritto internazionale – hanno contribuito a de-costruire l'idea e le rappresentazioni, reali o solo immaginate, del territorio, dei confini, delle identità. Partendo dall'"esterno" e dall'"altro", è stato possibile "vedere" meglio la dimensione spazio-temporale "metropolitana" come fattore costitutivo della politicità e della stessa idea di sovranità e di dominio. Questa percezione più profonda del legame spazio-tempo è uno dei terreni di "chiamata" alle scienze sociali proprio perché bisognosa di una strumentazione interdisciplinare.[37]

Tale visione ha consentito di affrontare in maniera innovativa due dei grandi temi simbolo della modernità: la concezione stato-centrica del politico; la visione newtoniana o cartesiana, lineare, della spazialità.[38] "What are – si chiede Pietro Costa – the improvements a "spacing history" affords to the frame of the instruments of the historical research? How can a better awareness of spatial and temporal coordinates sharpen the cognitive instruments of the historian?".[39] La "rivoluzione" spazio-temporale determinata dalla globalizzazione non può non riguardare anche lo storico del diritto. La "spacing history" sollecita nuove domande e richiede anche un riorientamento dei propri strumenti di lavoro. La "geopolitica del diritto"[40] è una riflessione critico-filosofica sulla costruzione del diritto come spazio identi-

35 Vedi l'efficace e completa ricostruzione del tema in Costa (2016) 27–33.
36 Per una sintesi v. Costa (2013) 272–282.
37 Per una ricognizione v. Meccarelli, Solla Sastre (2016).
38 Costa (2016). Ma vedi anche Modéer (2013) 337–347.
39 Costa (2016) 33–34.
40 Monateri (2013). V. anche Costantini (2011) e Somma (2014) 70–75.

ficato da luoghi del potere e da corpi politici. Pertanto la storia del diritto non può certo restare immune dal fenomeno della *transnationalization*.

Prendere atto delle profonde trasformazioni in corso a livello globale non significa, come è stato giustamente osservato, abbandonare la prospettiva tradizionale degli studi a livello regionale e locale. Questi sono fondamentali e anzi acquistano ulteriore rilievo se interconnessi con la dimensione più vasta.[41] La dimensione legata agli Stati nazionali (in prevalenza europei) rappresenta, a ben vedere, l'esperienza degli ultimi secoli. Prima, dal mondo antico all'età moderna, gli orizzonti di organizzazione del potere e del diritto hanno fatto perno su concezioni di tipo religioso, cittadino, imperiale, ma non "statale" nel senso proprio del termine. Studiare il diritto in chiave globale significa tenere conto di queste differenze e di un'incredibile combinazione di interrelazioni tra queste varie idee e forme di normatività. L'epoca degli Stati non può, a sua volta, che essere letta in una prospettiva globale.

3.2 Ripensare categorie e concetti in chiave transnazionale: per una storia del diritto capace di "abitare la soglia"

È dunque a questo livello della riflessione internazionale che bisogna collocare la *comparative legal history.* Le categorie, i concetti, i principi, i metodi che gli storici del diritto sono abituati ad utilizzare nella loro pratica di ricerca devono tenere conto delle "misure" che la globalizzazione ha introdotto così rapidamente. Il contesto ultranazionale e transnazionale del dibattito sulla storia comparativa è quindi un primo punto di forza perché contiene in sé quello che spesso manca alla storiografia nazionale o regionale quando ignora la rilevanza del fenomeno.[42] Tale approccio non è certo sconosciuto alla migliore storiografia, ma si tratta di potenziare questa "attitudine" ad ampliare, laddove ciò ha un senso, gli orizzonti spaziali.

41 « Continuing research on our own legal tradition has even greater importance if transnational legal historical scholarship has to function, as such scholarship relies on integrating different traditions. Thus, we have to revisit and reconstruct our past and repeatedly renew our connection to it for a successful transnational dialogue on fundamental issues: A Global Legal History needs local legal histories and the analytical traditions corresponding », Duve (2014) 38.

42 Menkel-Meadow (2011), Cairns (2012).

Nella logica del paradigma stato-centrico i confini sono strumenti di identificazione, di separazione, di distinzione interno-esterno. L'epoca del diritto transnazionale è invece segnata da vari fenomeni di migrazione e dalla oggettiva permeabilità dei confini (nonostante l'innalzamento di muri). Anche la "reazione" in chiave ostile, che si appella a forme di ri-nazionalizzazione degli spazi politici e di ri-tradizionalizzazione identitaria del diritto chiama sempre in causa la questione del "diritto in movimento".[43] La circolazione delle persone e la circolazione del diritto (e dei diritti) è un tema antico che l'età contemporanea delle interconnessioni ha enormemente sviluppato e trasformato. Una storia del diritto capace di « abitare la soglia », cioè il tempo e lo spazio della transizione,[44] aperta alla dimensione dinamica della circolazione, dei flussi di norme, saperi, pratiche, potrebbe meglio corrispondere alle sfide della spazio-temporalità.

Perciò le categorie utilizzate dalla storia comparata del diritto non possono restare indenni. Categorie erose come, per esempio, circolazione, ricezione, traduzione, imitazione, *transplant*, *transfer* devono essere ripensate, adattate, riorientate alla luce delle profonde trasformazioni intervenute. La "cassetta degli attrezzi" che, per molti aspetti, il comparatista e lo storico condividono può continuare a "servire" se quelle categorie vengono "ri-misurate" su scale e problemi emersi negli ultimi decenni. Storici e comparatisti sono, nella maggior parte dei casi, critici verso ogni concezione meramente positivo-formalistica del diritto.[45] Per statuto epistemologico (che si basa anzitutto sulla relatività della vita del diritto in tempi e spazi fenomenologicamente determinati e concreti) essi stanno (o dovrebbero stare) dalla parte dell'anti-formalismo, del "pluralismo giuridico", della messa in discussione delle certezze ereditate dalla tradizione. Intesa come categoria della molteplicità del fenomeno giuridico o, come ha proposto in particolare Thomas

43 Meccarelli, Palchetti (2015).

44 Qui passando dalla dimensione fenomenologica a quella epistemologica della storia giuridica: « un luogo dai confini incerti, mobili, sempre soggetti a essere rintracciati; un luogo di passaggio, talvolta oscuro ed insidioso, che si vorrebbe costantemente superare con la speranza di poter dimorare in una nuova terra da rivendicare come la propria terra, e che tuttavia sempre di nuovo ci avvolge, ci fa indugiare nel rischio del non-proprio (…) », Tarditi (2012) 15.

45 Per il punto di vista comparatistico v. Somma (2014), 5–12.

Duve, della « multinormatività », essa rappresenta una valida risorsa strategica per orizzontarsi tra le nuove mappe del diritto transnazionale.[46]

Più le società diventano eterogenee, multiculturali e multiconfessionali,[47] più la regola di diritto è soggetta a forme di ibridazione e di "aggrovigliamento". Il concetto di *locale*[48] rappresenta bene questo fenomeno che penetra le strutture profonde, gli strati della cultura giuridica a livello globale. Gli storici del diritto sono abituati a lavorare con diversi ordini giuridici e differenti livelli, studiando come questi emergono, interagiscono, si trasformano. La prospettiva delle *mixed legal cultures* è destabilizzante per il giurista rigidamente legato al diritto positivo nazionale post-moderno, ma non per lo storico né per il comparatista. I *mixed legal systems*[49] vengono evocati, con le loro diverse misure e forme di ibridazione[50] e di contaminazione, come "un altro modo" di concepire il diritto al di là del paradigma monistico, ma anche come possibili laboratori che prefigurano scenari futuri su scala regionale o globale. Per lo storico significa "riappropriarsi" di spazi vitali e di categorie "antiche" per interpretare un presente complesso e inquieto. Questo paradigma storico-comparativo si dirige più verso lo studio delle differenze antropologiche e culturali[51] che delle "somiglianze".[52] Esso deve tener conto di forme e di idee alternative di normatività. Il processo di "de-centralizzazione" degli approcci alla storia del diritto rappresenta visioni antropologiche, culturali e storiche del diritto prodotte in aree geografiche un tempo considerate solo "periferie" meramente "recettive" della *Western Legal Tradition*. Le ricerche condotte con differenti approcci, ma muovendo da una comune consapevolezza critica circa la necessità di ripensare il percorso unidirezionale delle categorie (dall'Occidente e dall'Europa verso le altre

46 « Rather than describing the advent of globalisation as an end-point of legal development, the transnational perspective seeks to deconstruct the various law-state associations by understanding the evolution of law in relation and response to the development of "world society" », Zumbansen (2010) 1.

47 Modéer (2014).

48 Fondamentale è Duve (2014b), (2014c).

49 Örücü, Attwooll, Coyle (1996), Örücü, Esin (2008), Palmer, Mattar, Koppel (2015).

50 Ma sul più ampio concetto di *hybridity* e le differenze rispetto a *legal pluralism* v. Donlan (2015) 169–170.

51 Meccarelli (2016).

52 Per una sintesi del dibattito comparatistico Dannemann (2006).

parti del mondo),[53] risemantizzano concetti come tradizione, *legal transplant* o recezione.

La comparatistica riflette da anni, criticamente, sulle proprie tassonomie. Siamo ormai lontani dalla concezione "antica" della comparazione come "raccolta di francobolli" o, come nel caso dell'entomologo, di insetti: "you lined up juridical concepts and solutions by assigning them a place and a rank, statically and without concern for the living relationships which could be established between the entities thus juxtaposed".[54] Famiglie, tradizioni, sistemi sono solo alcuni dei concetti che nel tempo hanno subito una revisione critica o si sono arricchiti di ulteriori, importanti, specificazioni funzionali. La partita, tuttavia, si è giocata prevalentemente all'interno del "campo" occidentale. Il punto di osservazione non poteva che essere, salvo le debite eccezioni, quello che guarda dal "centro" verso le "periferie", gli "altri mondi",[55] instaurando gerarchie e forme di recezione passiva. Il cambio di paradigma della globalizzazione ha introdotto nuovi angoli visuali. I meccanismi del trapianto, del trasferimento, dell'innesto, del prestito, dell'imitazione, dell'assimilazione, della recezione sono stati messi in discussione nelle loro applicazioni più meccaniche, semplificanti e chiaramente orientate per le più diverse finalità.[56] Tutti questi fenomeni – riconducibili per alcuni versi a quello di "traduzione" – sono complessi, hanno a che fare con processi sociali materiali e immateriali, visibili e non.[57]

3.3 Per l'uso di un'idea di cultura giuridica ampia e problematica

È in questo contesto che una nozione ampia, variegata, inclusiva di *cultura giuridica*,[58] capace di integrare, come problema, e non separare artificiosamente la pratica delle professioni legali dal metodo e dalla teoria del diritto,

53 Duve (2014d), McCarty (2014), 284.

54 Ost (2015) 75.

55 Per una riconsiderazione critica Somma (2003), Somma (2015).

56 Per il dibattito successivo all'opera di Watson (1974) sui *legal transplants*, v. i saggi contenuti in Nelken, Feest (2001) e Graziadei (2008). Per una approfondita ricostruzione del dibattitto, in una prospettiva storico-giuridica, v. ora Augusti (2016).

57 Cfr. le osservazioni di Foljanty (2015) e (2016).

58 Per l'ambito sociologico v. in particolare Nelken (1995), Nelken (1997), Nelken, Feest (2001), Nelken (2007). Sulle due visioni del concetto di cultura giuridica v., in sintesi, Dauchy (2009).

la tradizione dal mutamento, le regole giuridiche dalle regole sociali e dalle rappresentazioni simboliche, appare particolarmente utile – anche sul terreno della *comparative legal history* – per orientare la storia del diritto su una scala transnazionale.

Ogni volta che si accentua la dimensione dell'incontro (e quindi anche del conflitto) tra fenomeni giuridici, riemerge con forza la necessità di valorizzare e aggiornare la categoria, così difficile da definire, di cultura giuridica.[59] La dimensione antropologica e storica ha un peso rilevante nella ricostruzione di un determinato "modo di fare e di vivere il diritto" che coniughi l'aspetto intellettuale e quello istituzionale. Tale riflessione valorizza la storicità e quindi la relatività delle esperienze giuridiche nel tempo e nello spazio e collega ciò che pensiamo essere il "diritto" con valori, credenze, pratiche, atteggiamenti culturali profondi e comportamenti sociali sufficientemente stabili che danno vita a strati, sedimenti, scarti, strutture profonde.[60] Questo approccio mette a tema e ridà senso al fattore dinamico delle culture giuridiche,[61] alla interazione tra stabilità e trasformazione, alla vocazione alla *leadership*,[62] al cambiamento che giunge da "fuori" ma si intreccia inevitabilmente con il "dentro", producendo effetti novatori e, sempre (anche quando non riusciamo a vederli), effetti di retroazione.

4. Conclusioni

Queste poche e asistematiche riflessioni mi portano a concludere che alla domanda "quale storia del diritto in un mondo globalizzato?" occorra rispondere tenendo ben presente l'"antico binomio" storia e comparazione. Questo binomio è da tenere nel primo scomparto di una ideale "cassetta degli attrezzi" del XXI secolo, rinnovata e più funzionale ai nostri attuali bisogni. Non si tratta certo di abbandonare le identità nazionali e regionali (perché dovremmo farlo?), ma di collegarle meglio fra di loro, di vederne lo sviluppo all'interno di una cultura dell'interconnessione che valorizzi i campi della "legal culture" e passi anzitutto attraverso le differenze, l'alterità, per scorgere gli elementi di vicinanza e di empatia culturale. Molti concetti e

59 Sunde (2010) 14, (2011), (2015) 222.
60 Per un esempio v. Lacchè (2010) e (2015).
61 Cfr. Sacco (1991).
62 Mattei (1994) 213.

molti strumenti devono essere ripensati, come si sta facendo ormai da decenni. Sia gli storici che i comparatisti sentono il pericolo della marginalizzazione se non dell'irrilevanza. Eppure possiedono nel loro DNA "informazioni genetiche" (storicità e mutamento, spazio-temporalità, multinormatività) di cui il nostro tempo ha certamente bisogno per cercare di comprendere meglio che cosa è diventato e dove sta andando il diritto. Per farlo, tuttavia, dovrebbero contribuire di più, dal loro peculiare angolo visuale, alle teorie generali che cercano di "rappresentare" le società che cambiano, al dibattito internazionale sulle fonti del diritto nel contesto geopolitico attuale, all'analisi critica della globalizzazione, alle forme di sviluppo ultranazionale del diritto. Se il XXI secolo non può riportare in vita il XIX secolo del "primato" post-savignyano della storia del diritto quando questa fu la « nursery of the social sciences »,[63] la nostra storia giuridica può davvero contribuire, assieme alle altre scienze, *in primis* la comparazione, a ridefinire e rinnovare il vocabolario di base e cercare di comprendere l'evoluzione degli ordini giuridici nel loro rigoglioso groviglio, in mezzo a due tendenze contraddittorie, la globalizzazione da un lato, il ritorno (almeno apparente) al "sovranismo". Si tratta quindi di grandi sfide che richiedono grandi sforzi in termini di innovazione e di visione strategica. Una percezione sembra verosimile: siamo alla *last call*?

Bibliografia

Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015) (a cura di), The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Oxford, Portland

Augusti, Eliana (2016), Un diritto possibile. Storie, teorie e prassi di modernità tra comparazione e globalizzazione, in: Forum historiae iuris, htttp://www.forhistiur/2016–06-augusti

Burdeau, François (1996) (a cura di), Administration et droit, Paris

Cairns, John W. (2012), National, transnational and European Legal Histories: problems and paradigms. A Scottish perspective, in: Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit, 5, http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-5

63 Whitman (2004) 74.

Cappellini, Paolo (2009), I segni dei tempi, Prefazione a Grossi, Paolo, Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni Fiorentini 1972–2001, Milano, v–xxvii
Cazzetta, Giovanni (2013) (a cura di), Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale, Bologna
Cernigliaro, Aurelio (2013), La sfida di un perdurante dialogo tra giuristi alla ricerca d'identità, in: Sordi, Bernardo (2013), 293–323
Chesterman, Simon (2009), The evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization, in: German Law Journal, 10, 877–888
Cordes, Albrecht (1999), Was erwartet die (mittelalterliche) Rechtsgeschichte von der Rechtsvergleichung und anderen vergleichend arbeitenden Disziplinen?, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 544–552
Costa, Pietro (2013), Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale, in: Cazzetta, Giovanni (2013), 163–201
Costa, Pietro (2013), Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal Historians, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 35, 272–282
Costa, Pietro (2016), A "spatial turn" for Legal History? A Tentative Assessment, in: Meccarelli, Massimo, María Julia Solla Sastre (2016), 27–62
Costantini, Cristina (2011), Comparazione giuridica e geopolitica critica. Per una contro-narrativa sulle tradizioni, in: The Cardozo Electronic Law Bulletin, 17
Dannemann, Gerhard (2008), Comparative Law: Study of Similarities or Differ*-ences?, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (2008), 382–419
Dauchy, Serge (2009), Ouverture: Histoire des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit, in: Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit, 2, http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-2
Dedek, Helge, Shauna van Praagh (2016) (a cura di), Stateless Law. Evolving Boundaries of a Discipline, London, New York
De Sousa Santos, Boaventura (1995), Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South, in: Law and Society Review, 29, 569–584, https://doi.org/10.2307/3053910
Donahue, Charles (1997), Comparative Legal History in North America, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 65, 1–17, https://doi.org/10.1163/157181997 19682042
Donlan, Seán Patrick, Aniceto Masferrer (2013), Preface, in: Comparative legal history, 1
Donlan, Seán Patrick (2015), Things Being Various: Normativity, Legality, State Legality, in: Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015), 161–175
Duve, Thomas (2014a), German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 22, 16–48, http://dx.doi.org/10.12946/rg22/016-048
Duve, Thomas (2014b) (a cura di), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Duve, Thomas (2014c), Entanglements in Legal History. Introductory Remarks, in: Duve, Thomas (2014b), http://www.rg.mpg.de/1009838/gplh_1_duve-introduction.pdf, 3–25

Duve, Thomas (2014d), European Legal History – Concepts, Methods, Challenge, in Duve, Thomas (2014b), https://www.rg.mpg.de/1009830/gplh_1_duve.pdf, 29–66

Duve, Thomas (2016), Global Legal History – A Methodological Approach, Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, 4, http://ssrn.com/abstract=2781104

Ewald, William (1999), Legal History and Comparative Law, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 553–559

Fisher, Herbert Albert Laurens (1911) (a cura di), The Collected Papers of Frederic William Maitland, vol. 1, Cambridge

Foljanty, Lena (2015), Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor, Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, 9, http://ssrn.com/abstract=2682465

Foljanty, Lena (2016), Translators: Mediators of Legal Transfers, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 24, 120–121, http://dx.doi.org/10.12946/rg24/120-121

Glenn, Patrick H. (2013), The Cosmopolitan State, Oxford

Gordley, James (2008), Comparative law and legal history, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (2008), 753–773

Gorla, Gino (1964), voce Diritto comparato, in: Enciclopedia del diritto, vol. 12, Milano

Graziadei, Michele (1999), Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 530–543

Graziadei, Michele (2008), Comparative Law as the Study of Transplants and receptions, in: Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (2008), 441–475

Grossi, Paolo (1993) (a cura di), L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive, Milano

Heirbaut, Dirk (2011), European Comparative legal history as a necessity: the Belgian experience, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 93–105

Husa, Jaakko (2009), Turning the Curriculum Upside down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind, in: German Law Journal, 10, 913–928

Ibbetson, David (2013), The Challenges of Comparative Legal History, in: Comparative legal history, 1, 1–11, https://doi.org/10.5235/2049677X.1.1.1

Johnston, David (1999), Roman Law, Comparative Law and Legal History, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 560–568

Lacchè, Luigi (1993), "Hygiène publique", "harmonie", pratiche urbanistiche nella Francia del XIX secolo. Considerazioni intorno alla legge del 13 aprile 1850 sul risanamento dei "logements insalubres", in: Storia urbana, 64, 111–150

Lacchè, Luigi (1994), A proposito della legislazione sugli « ateliers dangereux, insalubres ou incommodes ». Scienza giuridica, "industrialismo" e conflitti di vici-

nato nella Francia del primo Ottocento, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 23, 195–246
Lacchè, Luigi (1995a), L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento, Milano
Lacchè, Luigi (1995b), L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire, in Martucci, Roberto (1995), 509–535
Lacchè, Luigi (1996a), Administration et expropriation pour cause d'utilité publique en France (1810–1870): problèmes et solutions, in: Burdeau, François (1996), 112–122
Lacchè, Luigi (1996b), Regard outre-Manche: le jury spécial d'expropriation et les logiques du droit administratif français au début du 19 siècle, in: Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte, 8, 135–151
Lacchè, Luigi (1998), Argumente, Klischees und Ideologien: Das „französische Verwaltungsmodell" und die italienische Rechtskultur im 19. Jahrhundert, in: Schulze, Rainer (1998), 295–313
Lacchè, Luigi (2010), Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 39, 153–228 (trad. in tedesco (2014) Der eklektizistische Kanon. Auf der Suche nach einer "Tiefenschicht" der italienischen Rechtskultur des 19. Jahrhunderts, mit einer Einleitung von Hans Schlosser, Berlin)
Lacchè, Luigi (2015), Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra '800 e '900, in: Rivista italiana per le scienze giuridiche, 6, 233–268
Lacchè, Luigi (2016a), History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th–20th centuries), Frankfurt am Main
Lacchè, Luigi (2016b), Rethinking Constitutionalism between History and Global World: Realities and Challenges / Ripensare il costituzionalismo tra storia e mondo globale: realtà e sfide, in: Lacchè, Luigi, Luca Scuccimarra (2016c), 5–31
Lacchè, Luigi, Luca Scuccimarra (2016c) (a cura di), Ripensare il costituzionalismo nell'era globale / Rethinking constitutionalism in the global era, numero speciale del Giornale di storia costituzionale / Journal of Constitutional History, 32
Lindskoug, Patrick et al. (2013) (a cura di), Essays in Honour of Michael Bogdan, Lund
Löhnig, Martin (2015), Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History, in: Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015), 113–120
Luig, Klaus (1999), Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten?, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 521–530

McCarty, Philip C. (2014), Globalizing Legal History, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 22, 283–291, https://doi.org/10.12946/rg22/283-291
Maitland, Federic William (1911), Why the History of English Law is Not Written, in: Fisher, Herbert Albert Laurens (1911)
Martucci, Roberto (1995) (a cura di), Constitution & Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815), Macerata
Masferrer, Aniceto (2011), Spanish legal history: a need for its comparative approach, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 107–123
Mattei, Ugo (1994), Why the Wind Changed: intellectual leadership in western law, in: American Journal of Comparative Law, 42, 195–218, https://doi.org/10.2307/840732
Palmer, Vernon Valentine, Mohamed Y. Mattar, Anna Koppel (2015), Mixed legal systems, East and West, London
Meccarelli, Massimo, Paolo Palchetti (2015) (a cura di), Derecho en Movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global, Madrid, archivo.uc3m.es/bitstream/id/92449/derecho_HD33_2015.pdf
Meccarelli, Massimo (2016) (a cura di), Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione, Madrid, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/23792/diversita_hd48_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y
Meccarelli, Massimo, María Julia Solla Sastre (2016) (a cura di), Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries, Frankfurt am Main, https://www.rg.mpg.de/gplh_volume_6
Menkel-Meadow, Carrie (2011), Why and How to Study "Transnational" Law, in: University of California Irvine Law Review, 1, 97–129
Michalsen, Dag (2013), What is legal history in Norway?, in: Sordi, Bernardo (2013), 131–138
Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011) (a cura di), How to teach European Comparative Legal History, Workshop at the Faculty of Law, Lund University 19–20 August 2009, Lund
Modéer, Kiell Å. (2011), Is European Comparative legal History running wild? From function and texts to perspectives and contexts, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 13–19
Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), Introduction, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 9–10
Modéer, Kiell Å. (2013), Time and Space in Comparative Legal Science: Twins or Aliens? Comparative Law and Legal History from Modern to Late Modern Discourses, in: Lindskoug, Patrick et al. (2013), 337–347
Modéer, Kiell Å., (2014), The Deep Structures of European Normativity in a Global Context, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 22, 275–281, https://doi.org/10.12946/rg22/275-281
Monateri, Pier Giuseppe (2013), Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici, Roma, Bari

Nelken, David (1995) (a cura di), Legal Culture, Diversity and Globalization, special issue of Social and Legal Studies, 435–453
Nelken, David (1997) (a cura di), Comparing Legal Cultures, Aldershot
Nelken, David, Johannes Feest (2001) (a cura di), Adapting Legal Cultures, Oxford, Portland
Nelken, David (2007), Defining and Using the Concept of Legal Culture, in: Örücü, Esin, Nelken, David (2007), 109–132
Nilsén, Per, christian Häthén (2011), How to teach European comparative legal history. A Lund Perspective, in: Modéer, Kiell Å, Per Nilsén (2011), 171–184
Örücü, Esin, Elspeth Attwooll, Sean Coyle (1996) (a cura di), Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing, London
Örücü, Esin (2008), What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?, in: Electronic Journal of Comparative Law, 12, http://www.ejcl.org
Örücü, Esin, David Nelken (2007) (a cura di), Comparative Law, Oxford, Portland
Ost, François (2015), Law as Translation, in: Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015), 69–86
Petersson Hjelm, Ann-Christine (2011), A comparative bridge: challenges in teaching comparative legal history, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 157–169
Pihlajamäki, Heikki (2011), When small is beautiful: teaching comparative legal history in the periphery, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 39–45
Pihlajamäki, Heikki (2015), Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?, in: Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015), 121–132
Polotto, Maria Rosario, Thorsten Keiser, Duve Thomas (2015) (a cura di), Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt am Main
Reimann, Mathias (1999), Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 7, 496–512
Reimann, Mathias, Reinhard Zimmermann (2008) (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford
Sacco, Rodolfo (1991), Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, in: American Journal of Comparative Law, 37, 1–34, https://doi.org/10.2307/840669
Schiera, Pierangelo (2016), Storia come modernità. Introduzione, in: Scienza & Politica, 28, 9–20
Schulze, Rainer (1998) (a cura di), Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, Berlin
Somma, Alessandro (2003), Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica, in: Ars interpretandi, 8, 317–354
Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma–Bari
Somma, Alessandro (2015), Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine, in: Polotto, María Rosario, Thorsten Keiser, Thomas Duve (2015), 11–46

Sordi, Bernardo (2013) (a cura di), Storia e diritto. Esperienze a confronto, Milano, http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/104/index.htm

Spinosa, Alberto (2013), Storia del diritto e costruzione dell'identità nazionale, in: Cazzetta, Giovanni (2013), 341–384

Storti, Claudia (2013), La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi: stato dell'arte e prospettive, in: Sordi, Bernardo (2013), 9–31

Sunde, Jørn Øyrehagen, Knut Einar Skodvin (2010) (a cura di), Rendezvous of European Legal Cultures, Bergen

Sunde, Jørn Øyrehagen (2011), Legal Cultures Changes in Europe. Teaching Future Prospects on the Basis of Legal History and Comparative Law, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (a cura di) (2011), 47–59

Sunde, Jørn Øyrehagen (2015), Live and Let Die: An Essay Concerning Legal-Cultural Understanding, in: Adams, Maurice, Dirk Heirbaut (2015), 221–234

Sunnqvist, Martin (2011), Competing sources of law and the adjudicative power. Advantages of nordic law in a European context and the need of comparative and historical research and teaching, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 71–76

Tarditi, Claudio (2012), Abitare la soglia. Percorsi di fenomenologia francese, Milano

Van Rhee, Cornelis Hendrik, Johanna van der Meer (2011), Teaching European Legal History at Maastricht University in the Netherlands, in: Modéer, Kiell Å., Per Nilsén (2011), 143–155

Watson, Alan (1974), Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, Edinburgh

Whitman, James Q. (2004), Bring back the Glory!, in: Rechtsgeschichte, 4, 74–81, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/074-081

Zumbansen, Peer (2010), Transnational Legal Pluralism, in: Transnational Legal Theory, 10, http://ssrn.com/abstract=1542907, https://doi.org/10.1080/20414005.2010.11424506

Pier Giuseppe Monateri

Morfologia, Storia e Comparazione

La nascita dei "sistemi" e la modernità politica

1. Introduzione: comparazione e genealogie

La questione di storia e comparazione deve essere ripensata dal principio senza poter più assumere gli schemi entro cui essa fu stabilita dalla generazione di studiosi che ci hanno preceduto.

Scopo di questo capitolo è, quindi, quello di rivedere il quadro entro cui essa fu pensata, soprattutto nell'opera di Sacco e di Gorla. Il secondo paragrafo si riferirà dunque precipuamente a questi paradigmi di scuola, discutendo in particolare i parallelismi e le divergenze che hanno contraddistinto in Italia tali approcci.

Nel terzo paragrafo tenteremo invece di delineare in che modo il metodo genealogico può essere utilizzato in modo epistemologicamente più fruttifero nel diritto comparato. In questo paragrafo definiremo cosa intendiamo per "genealogia" e quali applicazioni ne possano derivare.

In tal modo nel quarto paragrafo forniremo i risultati di una applicazione particolare dell'approccio genealogico alla nascita dei sistemi giuridici moderni, ed alla analisi dei loro stili differenziati, come problema *politico*, cioè come questione dell'impostazione politica di fondo che si annida nelle cosiddette diverse *tradizioni* giuridiche. Il nostro tentativo andrà quindi nella direzione di una *de-neutralizzazione* delle ricerche sulle tradizioni giuridiche, non tanto nel verso di *una* politica (*policies*) piuttosto che di un'altra, ma di un'investigazione stessa del politico (*the political)* quale elemento pregnante della modernità occidentale, nel suo differenziarsi *esotico* rispetto ad altre tradizioni successivamente assoggettate alle sue proprie categorie di orientamento.

Il nostro approccio sarà, perciò, quello di un ritorno dai *Post-Colonial Studies* verso l'esoticizzazione della stessa cultura Euro-Americana.

Questa applicazione ci consentirà di giungere alle conclusioni, esposte nel quinto paragrafo, che vanno nella direzione di una riaffermazione della

dualità dell'occidente che inverte, in realtà, i temi correnti della comparazione tra i sistemi di Civil law e quelli di Common law.

2. Discussione: storia e strutturalismo nella comparazione giuridica

Il paradigma "strutturalista" e quello "storicista" nella comparazione giuridica italiana si sono intrecciati variamente, diventando alleati, ma restando in verità necessariamente divisi, e quindi, in un certo senso, accostati. Prenderemo qui in considerazione prima il paradigma che fa riferimento a Rodolfo Sacco e alla sua numerosa scuola, e quindi quello che invece ripercorre l'evoluzione del pensiero di Gino Gola, anche considerando i temi politici da lui stesso esplicitamente affrontati. Il recente rianimarsi del dibattito su storia e comparazione, soprattutto a seguito della teoria delle *legal origins*,[1] impone, infatti, una riconsiderazione del paradigma dei formanti della scuola di Sacco per come esso si stava sviluppando dalla metà degli anni Settanta fin verso gli anni Novanta, e per come esso si è successivamente dipanato.

L'ipotesi da cui tale scuola partiva, pur proclamando la necessaria unione di storia e comparazione, era in realtà l'ipotesi prettamente strutturalista dell'esistenza di un *diasistema*,[2] per cui praticava più la diacronia che la storia, in senso proprio, come ricerca condotta sulle fonti originali, viste in originale, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse.

Tale nozione di struttura nascosta che spiega la dislocazione dei dati riscontrabili in diversi sistemi, era, all'epoca, già in crisi nella dialettologia comparata, a seguito delle critiche[3] che l'avevano per la maggior parte accantonata, pur ritenendola ancora utile in alcuni settori; ma rimaneva sostanzialmente in auge nell'antropologia comparata, ed in altri settori dello strutturalismo,[4] come analisi del gioco degli elementi della struttura elementare e degli elementi della struttura complessa.

L'esempio giuridico più pregnante che si possa ricordare è quello dell'analisi, compiuta da Sacco,[5] dell'elemento della *traditio* per come esso diviene

1 La Porta, Lopez de Silanes, Shleifer, Vishny (1998).
2 Martinet (1968).
3 Stockwell (1959).
4 Hawkes (1977) 8 ss.
5 Sacco (1981) 247.

centrale in Savigny contemporaneamente alla sua scomparsa esplicita nel diritto francese, fino a rifluire nel crittotipo della *remise abstraite*, operante in pratica, ma mai espressamente menzionata dal Code Napoléon, all'interno di un diasistema di rotazione delle regole in tema di trasferimento della proprietà mobiliare. Tale analisi portò alla scoperta della dissociazione fondamentale tra enunciazioni e regole operative, come equivalente della dissociazione esistente tra significanti e significati nella struttura linguistica. Essa andava, inoltre, nella direzione di una scoperta della convergenza delle strutture elementari, e della conoscibilità del sustrato storico dei sistemi attuali, anche a fronte di connotazioni politiche altamente differenziate.[6]

Tale paradigma, che, come si vede, mostrava una forte coerenza interna, era ancora pienamente operante nell'opera di Gambaro sul chiasmo della legittimazione passiva alle azioni possessorie[7] e in quella mia sull'ipotesi della sineddoche francese,[8] così come lo rimase fino ai successivi studi di scuola sulla apparenza, le scissioni della titolarità, le ipotesi di revindica del mandatario, l'obbligazione di dare, la nozione nascosta di "titolarità dell'interesse altrui", l'atto di disposizione dei diritti.

In Mattei[9] questo apparato di ricerca divenne più una questione di studio della competizione interna tra formanti. In me tutto ciò implicava già, per converso, una considerazione *ontologica* dello *stile*,[10] quale marcatore di differenza tra le diverse tradizioni giuridiche, operante non come semplice ornamento o dato formale, ma come vero e proprio principio di trasformazione dell'archivio in discorsi.

Si può, quindi, capire come tale paradigma si sia sempre presentato come parallelo ma differente dal "ricorso alla storia" presente in Gorla,[11] da sempre congiunto alla sua peculiare critica del metodo concettuale di organizzazione della scienza del diritto. Tipica espressione del suo modo di procedere fu già il libro su *L'atto di disposizione dei diritti* del 1934 dove si usa il metodo storico *contro* l'idea moderna della vendita puramente consensuale, prevalente anche nella concezione economica del contratto come accordo,

6 Sacco (1974).
7 Gambaro (1979).
8 Monateri (1984).
9 Mattei (1994) 196.
10 Monateri (2013).
11 Cfr. Pugliese et al. (1994) recante l'intera bibliografia delle opere di Gorla; Lupoi (1993) e Gorla (1980).

per rintracciare il lungo percorso di quella che lui chiama la « spiritualizzazione » della consegna della cosa come atto materiale. Per il Gorla le formule del diritto civile moderno, derivato dalla rivoluzione francese, sono formule in genere mentitorie che, esaltando il ruolo della volontà delle parti, nascondono costantemente la rilevanza "ontologica" degli atti concreti di disposizione. Si tratta in sostanza, quindi invero, di una "critica della ideologia borghese" del contratto, dietro la quale si nasconderebbe pur sempre la prassi operativa del "diritto comune" pre-rivoluzionario, in una sua peculiare permanenza di lunga durata.

Questa analisi portò Gorla ad affrontare direttamente il problema del "metodo" del diritto civile nella monografia del 1941 su *L'interpretazione del diritto*. Si tratta di un'opera che allontana Gorla da tutte le scuole dominanti e minoritarie dell'epoca: la scuola concettuale, ma anche quella del "diritto libero" come mera creazione dell'interprete, della giurisprudenza degli interessi, e, infine, pure dalla stessa "scuola storica".

In definitiva il libro rivendicava la centralità della interpretazione quale specifica attività di conoscenza (come in Betti), e la contrapponeva alla "scienza del diritto" (come in Kelsen), ma lo faceva in un modo singolare e innovativo, che cercava di coniugare il "dispiegamento" dei "concetti legislativi" e la concreta attività del legislatore "storico". In sostanza la "interpretazione" giuridica non è una attività concettuale di sistemazione di regole e principi, ma una forma di conoscenza "storica" della legislazione e delle sue possibilità semantiche. L'interprete giuridico deve agire come un interprete storico, e ciò Gorla affermava in un'epoca in cui gli stessi storici miravano piuttosto alla attualizzazione ermeneutica dei testi della tradizione.

Si coglie in questa impostazione una dimensione di critica dei "concetti di conoscenza" che rimane una costante, e si esplica nell'opera del 1956 sul potere della volontà nella promessa, laddove si attua una critica radicale del concetto di dichiarazione di volontà come creatrice di effetti giuridici. In tale contesto avviene il suo primo attivo di Gorla della comparazione. La sua conclusione è infatti quella per cui sia la Civil law che il Common law sanzionano la promessa, non per rispetto della volontà privata del promittente, ma per esigenze di ordine sociale di protezione del promissario.

È in tale contesto, che come si vede *non* è meramente strutturalista, che nasce la sua più importante e nota riflessione "liberale": *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Toqueville* del 1946, e, in seguito, *il Commento a Toqueville* del 1948.

Il problema del "diritto soggettivo" viene analizzato in riferimento al rapporto tra "personalità" e "società". In questo senso egli recupera l'idea aristocratica toquevilliana del sentimento che deriva al soggetto dalla originarietà storica del suo diritto (come d'altronde avviene in Leo Strauss) in quanto proveniente dalla tradizione e legato ai suoi specifici luoghi; come diritto degli inglesi, degli americani, o dei ceti. L'universalizzazione ottocentesca del diritto come concetto generale di tutti gli uomini comporta però anche l'assorbimento di questo diritto entro l'ordinamento giuridico dello Stato nazione, e ne comporta quindi un'idea di derivazione del diritto dalle norme, che ne trasforma il sentimento relativo, distruggendone la "originarietà". In sostanza l'idea di diritto soggettivo compie una parabola in cui, affermandosi, si consuma il sentimento forte della sua originarietà, segnando la consunzione dell'idea aristocratica che ne era a fondamento. Il diritto soggettivo non diviene più altro che ciò che viene garantito dallo Stato, e la società borghese *disperde* la nozione aristocratica di cui si era appropriata.

Dal punto di vista biografico queste riflessioni si legano ad una svolta nella vita di Gorla che nello stesso 1949 intraprende, proprio sulla scorta di Toqueville e della sua analisi, un viaggio di un anno intero negli Stati Uniti. Al ritorno, per iniziativa di Arangio Ruiz, Gorla chiuse il proprio studio di avvocato e fu chiamato ad insegnare il Diritto comparato ad Alessandria d'Egitto, dove rimase fino al 1957. È qui che l'interesse predominante dei suoi studi diviene quello del confronto tra il *common law* e il *civil law*, che culminano nella sua monografia, assolutamente unica e originale, sull'istituto centrale del *Contratto* (1954).

Si tratta in realtà di un'opera criptica, che ebbe poco od alcun successo immediato, ma che rimane un *landmark* nell'evoluzione della scienza del diritto italiana. In effetti essa consta di due volumi, il primo dedicato ad una lunga ricostruzione storica del problema del *vestimentum del pactum nudum*, mentre il secondo è una raccolta di casi di giurisprudenza secondo lo stile americano e inglese del *case-book*. La chiave di lettura di un'opera altrimenti assolutamente disunita è offerta dal saggio introduttivo *Comparison involves history*, che a tutt'oggi rimane la parte più citata e "sentita" dell'opera gorliana.

Qui la comparazione, in quanto mezzo di comprensione, diventa lo strumento essenziale della riflessione giuridica come studio delle ragioni delle differenze e delle somiglianze fra i sistemi giuridici, ed è funzionale a ripro-

porre una idea storica del diritto, rispetto ad una sua concezione logico-sistematica. Come si vede si tratta in realtà dello sviluppo delle idee gorliane sul diritto soggettivo in Toqueville applicate al contratto.

In sostanza la prima parte sul *vestimentum del pactum* serve a Gorla per recuperare l'idea medievale, rimasta in *common law*, del contratto come "scambio", rispetto a quella razionalista continentale, innanzitutto francese, del contratto come "accordo". In ciò si vede anche come, proprio attraverso Toqueville, e *l'ammirazione* per il modello anglo-sassone, egli entri in contrasto col comune liberalismo euro-continentale che vede nell'affermarsi del contratto come accordo il cardine del liberalismo stesso. Il liberalismo di Gorla, come quello di Toqueville, rimane così un liberalismo "aristocratico", legato ai modi e alle forme di pensiero della tradizione giuridica inglese, e non ad una "rivoluzione filosofica" borghese legata alle forme e ai risultati della Rivoluzione francese. In ciò naturalmente Gorla finisce per essere simile come pensatore tanto a Edmunde Burke, quanto a Hayek, ma certamente fortemente influenzato da sue scelte di valore.

Fu in questa fase che egli prese parte al seminario della Cornell University sul *Common core* dei sistemi giuridici. Una tale svolta "fattuale" fu tematizzata dal Gorla come studio della "giurisprudenza" quale fattore essenziale nella comparazione dei sistemi giuridici: cioè quale fattore mediante cui si produce la decisione che colma lo iato tra la pura norma e la sua applicazione, mediante una serie di meccanismi retorici, linguistici, politici, che solo apparentemente sono delucidabili, ma che rimangono in realtà in gran parte non verbalizzati e non verbalizzabili. A partire da questo periodo Gorla si dedica, pertanto, a elaborare una comparazione su base giurisprudenziale fondata su quattro maggiori capisaldi: l'idea del diritto comparato come "attività di conoscenza pura", conoscenza per raffronto di una "unità storica", ma anche delle analogie e differenze riscontrabili fra le epoche diverse di due sistemi giuridici; l'affermazione del primato della comparazione fra *common law* e *civil law* quale uno dei modi della scienza del diritto nella civiltà giuridica occidentale; la rilevanza dei metodo casistico come mezzo preliminare di conoscenza del proprio stesso ordinamento per raffronto con gli altri. Da ciò discende la conseguente necessità di indurre il "sistema" dall'esame delle "situazioni di fatto", sia ai fini della sua conoscenza, sia come condizione necessaria per "comparare".

Questi capisaldi sono discussi soprattutto nella voce *Diritto comparato* dell'Enciclopedia del diritto del 1963 e nei saggi sullo studio storico compa-

rativo della *common law* e della scienza del diritto,[12] e sono essenzialmente questi i capisaldi che furono ripresi da Rodolfo Sacco; il quale riuscì a inquadrare le difficoltà di verbalizzazione delle regole nella sua teoria dei « crittotipi » giuridici, e a impostare l'idea gorliana della comparazione attraverso la costruzione dei « formanti », cioè attraverso lo studio di legge, giurisprudenza e dottrina che deve essere compiuto senza presupporre una loro coerenza logica o sistematica, e quindi al di là delle "ideologie" dei giuristi dei singoli sistemi.

Dal canto suo il Gorla elaborò un'idea di scienza storico-comparativa della "attività dello *ius dicere*", intesa sia come "studio interno" della giurisprudenza, sia come scienza dei fattori del diritto, o dei processi della sua formazione, e incentrata sui legami fra organizzazione dei tribunali e loro posizione politico-costituzionale, di diritto e/o di fatto, rispetto al ruolo della "dottrina" e, soprattutto, alla interpretazione della "legge scritta". A tale idea si collegò poi l'esigenza scientifica di colmare le due grandi lacune storiografiche individuate dal Gorla nell'assenza di studi sul diritto "comune" continentale dei secoli XVI–XVIII e di parte del XIX, nonché di una storia del diritto inglese del medesimo periodo, avuto riguardo all'estensione e alla portata, desumibile dall'esame dei *cases*, « dell'opera svolta dalle Corti che applicavano la Civil Law ».

Il risultato più importante di questo indirizzo di ricerca fu l'individuazione della vigenza in Europa, in linea di massima fino alle codificazioni del secolo XIX, dei cosiddetti ordinamenti giuridici aperti e, dunque, di un diritto comune europeo a base giurisprudenziale. Tale diritto era inteso come complesso di principî e norme, nonché come « cultura giuridica comune », dove la "comparazione" costituiva il perno stesso su cui poggiava il riconoscimento, nello *ius dicere* dei tribunali, di una *communis opinio* avente valore di autorità sul piano sovrastatuale. Di qui la valorizzazione di un diritto comparato alla ricerca delle concordanze. Il pensiero dell'ultimo Gorla risultò perciò caratterizzato da una forte connessione fra la scoperta del diritto comune e comparato europeo e il problema "attuale" della unificazione e armonizzazione dei diritti statali: queste esigenze sono chiaramente avvertibili in particolare nella voce *Diritto comparato e straniero*.[13]

12 Gorla (1965) 1647 ss.
13 Gorla (1989).

Il suo comparativismo è stato, quindi, da sempre legato a quel filone del liberalismo che va dall'illuminismo scozzese fino a Hayek, e che si oppone alla "forma francese" del riordino generale della società in base alla legislazione. Tutto ciò deve essere tenuto in considerazione nella valutazione della sua opera, specie rispetto alla *Wertfreiheit* che appare conclamata nelle Tesi di Trento elaborate da Sacco.[14]

Se questi sono, quindi, i due filoni che hanno sotteso l'idea del legame tra storia e comparazione nella cultura giuridica italiana, che cosa, oggi, si può dire, rispetto a questo variegato intrecciarsi di strutturalismo e storicismo nella stessa vicenda interna al dipanarsi del diritto comparato come disciplina intellettuale? Sulla scorta di quanto abbiamo sin qui esposto, nel terzo paragrafo cercheremo di dare una risposta a tale quesito sulla base di considerazioni che propriamente derivano dallo strutturalismo, ma ne prendono le distanze, e che potremmo riportare al paradigma degli studi "genealogici".

3. Metodo: genealogie e morfologie

Ripercorrendo oggi quanto esaminato nel precedente paragrafo mi pare che il filo conduttore delle riflessioni che vanno dall'opera di Sacco sul *concetto di interpretazione*,[15] a quella di Gola sul contratto,[16] sia quello del rapporto, già così ben individuato da Carlo Ginzburg,[17] tra "morfologia" e "storia", il quale, evidentemente, si è dimostrato particolarmente rilevante per la cultura italiana di quegli anni, ben al di là degli studi stilistici e letterari, finendo per coinvolgere anche gli studi politico-giuridici.

La questione è cioè se le analogie comparative implichino un rapporto storico (interamente da ricostruire) o se, al contrario, esse indichino un rapporto puramente tipologico, certo, in molti casi, meno inverosimile.

Ciò detto si vede immediatamente come questa preoccupazione sia quella dominante tanto nel Gorla che analizza le decisioni della rota romana e fiorentina, in contrappunto con quelle inglesi, quando nel Sacco che ana-

14 Documenti originali e testi scaricabili in *Cardozo Law Bulletin*: https://sites.google.com/site/cardozoelectroniclawbulletin/historical-documents-edited/the-trento-theses.

15 Sacco (1947).

16 Gorla (1955).

17 Ginzburg (1986) 5.

lizza l'atto di trasferimento della proprietà mobiliare o l'atto di disposizione dell'erede apparente in Francia e in Belgio.[18]

Quanto oggi possiamo, allora, cercare di fare è di pensare fino in fondo tale rapporto, sia con riferimento alla relazione profonda che unisce gli studi giuridici a quelli umanistici, sia con riferimento al problema essenziale del *locus* del politico nella "cultura" occidentale. Infatti, se, come ha notato anche Irti, il diritto ha bisogno del "*dove*",[19] questo dove non ha solo a che fare con i soggetti, le cose, gli atti, i documenti, per cui ognuno di essi è individuato da un luogo, né sottende solo i richiami spaziali di cui il diritto è intriso – sede, domicilio, confine – sufficienti di per sé a indicare il legame terrestre della legge, un'originaria necessità dei luoghi; ma questi luoghi indicano anche una diversa presenza della legge stessa rispetto alla sua cangiante natura spaziale. Quindi, se la geografia è la descrizione problematica della Terra[20] e del Mondo, inteso come complesso di relazioni sociali, economiche, politiche e culturali, ogni intrapresa di comparazione del giuridico, deve anche, e necessariamente, avere a che fare con la stessa interna *instabilità* della Legge, cioè proprio con il suo presentarsi sempre e concretamente in *forma* diversa.

Tutto ciò diviene oggi della massima rilevanza per la *filosofia della politica*, di fronte alla prospettiva che possano venire meno le *differenze storiche* nella direzione di quello che è stato denominato come *diritto sconfinato*.[21] Infatti il venir meno delle differenze storiche non inciderebbe solo sul contenuto pratico della legge, ma sulla sua stessa forma, e quindi sulla sua stessa ontologia, nella misura in cui la forma di un "invisibile", come la legge, ne determina una data presenza, e quindi una determinata natura. Il problema è perciò innanzitutto *ontologico*, molto più che meramente giuridico, laddove tale trasformazione della legge avviene nell'epoca in cui la politica stessa stenta a presentarsi politicamente. Questo occultamento della politica, e questo sradicamento della legge, appaiono, quindi, due risvolti di un medesimo fenomeno.

La direzione da seguire appare, allora, quella di una nuova morfologia che, nella connessione tra forma e radicamento, permetta di riesaminare la

18 Sacco (1949) 176.
19 Irti (2006) 3.
20 Farinelli (2003) 6.
21 Ferrarese (2006).

uncanny presence della legge: la sua presenza misteriosa, elusiva ma possente, che *informa* e condiziona il politico e l'economico.

In tale contesto occorre allora riproporre in nuovi termini la questione delle « origini legali », delle *legal origins*, quali genealogie della modernità occidentale e delle sue marcate differenze. Se, infatti, gli Stati – come complessi di legge, sovranità e istituzioni – sono dei "corpi politici", che occupano degli spazi, e *hanno* una memoria, ciò che qui, in definitiva, viene in diretta questione è la genealogia stessa di questi *corpi*, delle loro "costituzioni" e del loro governo e, ovviamente, della loro possibile *dissoluzione*.

Mentre il diritto pubblico ha diviso il mondo in monarchie e repubbliche, il diritto privato comparato ha diviso il mondo in *famiglie* giuridiche, essenzialmente sulla base della loro genealogia: soprattutto la famiglia dei diritti romanisti, quella di *common law*, la famiglia del diritto islamico. Essenzialmente queste, perché, come si vede subito, un tale sistema mal si adatta a quelle terre in cui il viaggiatore europeo da sempre si trova sperso, Africa, India, Cina e Giappone, che infatti vengono variamente ricostruite e rappresentate, finendo sempre per costituire un unico grande e confuso… dipartimento d'oltre mare.

Da questo punto di vista è facile vedere come Inghilterra, America, Australia, Canada, Nuova Zelanda divengano "sistemi vicini" perché "imparentati" tra di loro sulla base della comune derivazione dalla Legge inglese, quale si era sviluppata fino al Settecento; diciamo fino ai postumi della Guerra dei sette anni. Allo stesso modo la Francia, la Germania, la Spagna, l'Italia, ma anche ad esempio la Siria, l'Egitto, il Perù, la Colombia, la Polonia, la Romania, l'Argentina, e così via, divengono tutti sistemi parenti attraverso la comune, talvolta intricata, ma rintracciabile, *derivazione storica* dal diritto romano.

Anche qui è facile vedere come la politica che sta dietro la legge vada dispersa. La Francia borghese rivoluzionaria è parente del moderno Egitto, un paese coloniale come il Messico diviene parente della Germania, la quale peraltro ha fondato l'intera propria esistenza storico-giuridica moderna sulla base dell'opposizione alla Francia, e del rifiuto del Codice francese. Peraltro la stessa Francia liberale che opera una cesura netta nella storia d'Europa fondando un sistema giuridico basato sull'uguaglianza giuridica diviene in tal modo forse l'erede principale del diritto romano in cui solo i *maschi romani adulti* erano considerati cittadini in un regime fondato sulla schiavitù. Ciò che è vicino diventa lontano, e ciò che è diverso diventa simile, e

viceversa. Credo che questo basti per mostrare al lettore quanto il diritto comparato possa apparire veramente come… buon senso rivoltato a testa in giù.

Se, come ha detto qualcuno, la presenza di una metafora è l'indizio di un imbarazzo intellettuale, non potrà allora sfuggire come l'intero apparato della rappresentazione della realtà giuridica mondiale sia in questi termini compiutamente e soltanto *metaforico*. Si parla di famiglie, parentele, genealogie e di *tratti*, quasi appunto un determinato diritto abbia un "volto" e veramente nasca e muoia e lasci eredi, o venga adottato e adotti, e "*produca una bella prole di molti figli*". Tale metafora è così forte che infatti si parla di "giurisdizioni miste", ed anche ormai, di molti sistemi "ibridi".

La teoria dei "sistemi di legge" tenta, invero, di suddividere il mondo in un numero relativamente contenuto di modelli di organizzazione giuridico-politica delle società umane. Il problema è quindi quello del "raggruppamento" delle organizzazioni sociali in base ad un qualche principio che permetta di "rappresentare" la realtà globale del pianeta in relazione alle leggi che lo governano. Naturalmente, nel momento stesso in cui viene prodotta una "mappa" degli *ordinamenti* locali, essa si presenta a sua volta come un *ordinamento* di senso del mondo. Anzi, da questo punto di vista è abbastanza chiaro come essa si presenti quale *ordinamento degli ordinamenti*, in quanto conferisce ad una particolare legge "locale" un quadro di senso generale che, localizzandola, la individua in relazione ad un contesto che le fornisce un "senso".

In definitiva, questo tentativo cerca di realizzare una "geografia" dei "corpi" politici, delle loro relazioni reciproche, e del loro governo.

La potenza impressionante di una scienza del diritto comparato appare, quindi, quella di poter produrre un quadro mondiale del senso delle leggi, mediante una sorta di geografia *spaziale*, che poggia in realtà o sulla *morfologia* dei sistemi, o sulla loro *genealogia*, o su un qualche altro criterio di raggruppamento, che diviene poi inesorabilmente anche un criterio di significazione e di giudizio.

Naturalmente intendiamo qui per genealogia la ricerca di quegli accadimenti che non smettono di accadere, ma che si sostanziano in strutture del discorso che tendono a permanere, e quindi a *conformarsi* come una memoria, il cui scopo principale è quello, *non* della passatezza del passato, ma della sua *presenza*. In questo modo il passato riesce a dominare i comportamenti informali delle istituzioni, che ingenerano e dominano a loro volta i com-

portamenti formali fornendone un senso che a sua volta genera altri sensi e altri comportamenti.

Orbene, Zweigert e Kötz cercano di usare la categoria dello « stile » per catturare la dimensione che io qui definisco « genealogica », e che credo, in effetti, abbia a che fare anche con l'estetica. Tutti questi termini sono però molto "compromessi" da un loro utilizzo variamente instabile nella storia occidentale, e sarà quindi bene chiarire in che senso essi sono qui impiegati in relazione alle istituzioni e al politico.

In modo abbastanza diretto Zweigert e Kötz[22] forniscono una chiarificazione di cosa intendono:

> Secondo il nostro parere, possono essere considerati fattori determinanti di un certo stile nell'ambito della teoria dei sistemi giuridici: 1) l'origine storica e l'evoluzione di un ordinamento giuridico, 2) il predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi, 3) gli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti, 4) le fonti del diritto e la loro interpretazione, 5) i fattori ideologici.

Per quanto questa indicazione sia chiara, essa è nondimeno piuttosto vaga nei suoi elementi. È chiaro infatti che rimanda ancora una volta all'origine, e lega queste origini ai modi di pensare, alle fonti, all'interpretazione, e agli istituti effettivamente presenti in un ordinamento.

Ma cosa significa « modo predominante di pensare », e come avviene la negoziazione su quali istituti sono « particolarmente caratterizzanti »? E, naturalmente, cosa rientra tra i « fattori ideologici »? Alcune di queste vaghezze sono naturalmente insormontabili, ma in parte esse devono venire affrontate, anche perché l'analisi dei due autori muove in realtà da premesse molto profonde. Queste premesse si nascondono, invero, nella nozione stessa di *stile* (morfologia dei sistemi) per come essa incorpora una precisa origine *storica* dei sistemi stessi. Sarà proprio, quindi, questo problema che affronteremo nel successivo paragrafo.

4. Risultati: nascita dei sistemi e stili del diritto

Nei paragrafi precedenti abbiamo cercato di mostrare il rapporto tra "morfologia" e "storia" per come esso si è intrecciato nelle varie riflessioni e nei vari paradigmi del diritto comparato. In particolare siamo giunti alla que-

22 Zweigert, Kötz (1992) 84.

stione della relazione tra la *forma di legge*, il suo *stile*, e la sua connessione con la *sostanza di legge*, cioè con la concretezza storica delle differenti origini *polemiche* dei sistemi giuridici. Forse la risposta più adeguata può, allora, venirci proprio dalla riflessione politica rispetto a questa riproposizione della diversità giuridica sulla base delle *origini*, laddove è qui evidente un uso polemico dell'origine, cioè un uso che rende nuovamente la questione dell'origine un punto politicamente rilevante per le riforme, o meno, della globalizzazione. Questo cortocircuito, fra potenza dell'origine e potere della politica dell'origine, è stato giustamente indicato da Galli[23] come un passo ineludibile. Ed è proprio esso che qui si ripropone con riferimento al nuovo scontro, sponsorizzato dalla Banca Mondiale, non tanto – secondo me – tra Common e Civil law, quanto… tra le *forme* dello "Stato giurisdizionale" e quelle dello "Stato legislativo di leggi".

Seguendo tali suggestioni, diviene infatti possibile ricostruisce le tappe della vicenda dello Stato moderno, fondato sulla sovranità politica, *a partire* dallo "Stato giurisdizionale" precedente. In questo senso si può richiamare lo "Stato di giustizia medievale", e affermare l'effetto *politicamente paralizzante* della "forma giurisdizionale". Una tale considerazione di tanto si amplia di quanto supera ogni differenziazione meramente geografica, o morfologica, per andare alla ricerca delle contrapposizioni genealogiche e strutturali. Lo Stato giurisdizionale, nelle sue varie declinazioni storiche, viene allora contrapposto allo Stato amministrativo e allo Stato legislativo. Ora, questa contrapposizione tra giurisdizionale e legislativo, per le ragioni appena viste, è appunto quella che maggiormente ci interessa dal punto di vista di una comparazione tra gli *stili* della presentificazione della legge. Alla fine, la distinzione essenziale pare appunto essere, dietro lo schermo della legge orale e della legge scritta, proprio quella fra la *continuazione* dello Stato giurisdizionale, e l'affermazione dello stato legislativo, specie nella sua connessione con la "forma", e la "paralisi del politico".

Da qui prende l'avvio la possibilità di una contrapposizione oggi sensata dal punto di vista dell'affermarsi sul piano globale della forma giurisdizionale, proprio nell'epoca del tramonto del politico. Quale connessione vi è allora tra politica e legge, e quale invece tra la giurisdizione e la paralisi del politico?

23 Galli (2008) 34.

Qui, allora, la questione dell'origine può tornare a porsi in modo pregnante, non già con riferimento all'*immemorabile* del diritto romano antico, o delle consuetudini sassoni, e del loro destino in ambito normanno, ma con diretto riferimento *all'origine del moderno*, cioè appunto al sorgere dello Stato legislativo tra Sei, Sette e Ottocento, nello spazio continentale europeo, rispetto alla diversa evoluzione anglo-americana, cioè al diverso costruirsi della modernità politica in Inghilterra e in America, laddove la questione della legge diventa allora essenziale per la riflessione della politica. Per quanto vago – e io credo ormai da rigettare – sia il termine "medioevo", è abbastanza evidente come esso catturi una cesura fondamentale. Quella per cui lo Stato legislativo *ha cominciato* ad essere solo ad un certo momento della storia, e che esso si è storicamente stanziato sul continente insieme all'affermarsi dello Stato politico in senso proprio, laddove la locuzione di "Stato assoluto" *oscura* la portata della concentrazione di politico, sovranità e legge che si è realizzata nella costituzione del "corpo politico" moderno. In sostanza lo *Stato politico* non esisteva, ma ha cominciato ad essere, e lo ha fatto in quanto *Stato legislativo*, nel costituirsi stesso dei "corpi politici" moderni.

In questo senso "origine" non vale qui allora come archeologia dei sistemi di legge, ma come "genealogia" delle differenziazioni attuali, cioè come studio del sorgere dei dispositivi di scrittura e amministrazione della presenza della legge, che hanno determinato la grande cesura della modernità rispetto alle condizioni pre-moderne delle società europee. Perciò la differenza tra *common law* e *civil law* riappare come differenziazione "genealogica" del moderno, rispetto alla diversa *dislocazione* che legge e giurisdizione vi assumono come elementi al tempo stesso strutturali, politici e culturali, cioè come amministrazione di un ricordo che continua a fondare una differenza.

In questo ragionamento, naturalmente, si annida una "genealogia" del politico occidentale, ed esattamente quella genealogia che conduce alla formazione dello Stato legislativo territoriale, in quanto propriamente sorge proprio come *critica* interna dello Stato giurisdizionale. In questa stessa polemica si annida però anche la *resistenza* dello Stato giurisdizionale, in quanto essa è stata storicamente in grado di riprodursi fino ai nostri giorni, e di tornare anzi oggi come trionfante a livello globale negli schemi del Fondo monetario internazionale o della Banca mondiale.

Sono proprio queste diverse genealogie del rapporto tra politica e legge di cui dobbiamo quindi ora occuparci, ed è qui, allora, difficile non vedere il

costituirsi dei "corpi politici" moderni come rivoluzione *specificamente* europea, che prende le mosse dalla *dissoluzione* del corpo del Sacro Romano Impero e del suo spazio cattolico. Da *tale dissoluzione* consegue sia il carattere *deciso* degli ordinamenti moderni, sia il fatto che tutti i maggiori concetti di teoria generale dello Stato siano stati prima concetti teologici. Questa non è una teoria, ma un ricordo.

Un tale spazio imperiale *era*, infatti, essenzialmente quello del *Corpus Juris*, quale *ratio scripta* della Legge, in conseguenza dell'origine *sacra* dell'Impero, che permeava l'intero spazio cattolico cristiano. Non si scherza certo con le parole quando si dice che quel *Corpus* ha esercitato, nei confronti della coscienza medievale la forza di una autentica *rivelazione* della legge. L'impero lo ha recepito come *testo sacro* che fondava l'ordinamento della propria esistenza, e questa *translatio Imperii* si dava come unico possibile modo di essere della "Santa Romana Repubblica" della Cristianità occidentale.

È bene insistere su questo carattere costitutivo e di "rivelazione" del *Corpus Juris*, in cui la ragione stessa si era fatta parola divenendo ragione *scritta*, nella convinzione dell'identità sacra del *Corpus Christianum* con l'Impero, e quindi dell'unità ontologica tra il mondo nel quale si viveva e quello nel quale erano vissuti i romani. L'assenza di fratture in tappe storiche, e in epoche differenziate, ma semmai dominate da un'unica *economia della salvezza*, rappresenta adeguatamente questa idea di consustanzialità tra Roma, Chiesa, Impero e "corpo della legge' nel cui scritto si rivela *fisicamente* la ragione. Un tale "corpo" dell'impero era quindi essenzialmente un corpo giuridico, il cui valore però derivava dall'essere effettivamente, in virtù dell'Eucarestia, un "corpo ontologico" in senso proprio. Mangiando dello stesso pane *siamo* lo stesso corpo, e la sua ragione sono le sue leggi, che, a loro volta, hanno un corpo, che consiste nei *verba* della loro rivelazione.

Credo che non sfugga qui il carattere evidentemente *non* deciso di tale ordinamento imperiale, in quanto rivelazione della *ratio*, che pone quindi la questione del *condere jus* come questione per sua essenza imbarazzante. Questa divenne, infatti, un problema di attualità politica solo a partire dal XII secolo, nel disegno degli imperatori Svevi di "riscoperta" del concetto giustinianeo di sovranità, e della dottrina del potere esclusivo dell'Imperatore di *condere jus* quale era stata elaborata dall'assolutismo bizantino. Per tutte le fazioni che tale pretesa mise in movimento quel diritto appariva però sempre come un diritto *naturale* in forza della sua dignità storica e della sua autorità

"metafisica" ed assumeva la funzione di un quadro generalmente vincolante, anche se non otteneva una immediata applicazione *giurisdizionale*.

Non è nostro compito ripercorrere qui tali vicende, che sono state elaborate nelle opere di Paolo Prodi[24] e di Harold J Berman,[25] ma di ripartire da queste dislocazioni – concrete e ontologiche al tempo stesso – del politico, del legale e del giurisdizionale in relazione allo spazio unitario del *Reich* cristiano e della sua consistenza come corpo fondato sull'Eucarestia e la legge, poiché solo tale ripartenza può dare il senso della modernità come sua dissoluzione, a cominciare appunto dalla Guerra civile endocristiana fra protestanti e cattolici, il cui primo effetto fu ovviamente quello di distruggere l'unità di tale *corpo,* non più sorretto dalla consustanzialità eucaristica, e quindi dal venir meno della sua unità di legge che la presupponeva. Il *condere jus* fu di nuovo reso possibile appannaggio di una *decisione*, a quel punto non più imperiale ma statale e politica. Lo Stato moderno, ed i suoi sistemi di legge, sono nati *effettivamente* dall'eccezione consistita da un conflitto armato religioso insolubile che ha distrutto l'ordinamento precedente, ma *questa eccezione è stata risolta in modo diverso*. I modi della sua risoluzione sono quindi rintracciabili *archeologicamente*, e si sono mantenuti istituzionalmente divenendo veri meccanismi *genealogici* preservati nella *memoria* istituzionale come avvenimenti che non hanno ancora smesso di avvenire. In questo senso qui archeologia e genealogia coincidono, per essere elaborate attraverso narrative letterarie che prendono il nome di teorie della legge e della politica.

Una tale "teoria del politico", fondata sullo *stato di eccezione*, cessa quindi di essere una mera teoria della "decisione per la risolutezza", come disse una volta Loewith,[26] e diviene invece la concreta *rappresentazione* di origini genealogiche, mantenute come principi *legali* di ordinamento.

Ciò che intendo dire è che il contenuto sostanziale della "situazione nichilistica" individuata da Loewith risiede nella politicizzazione del potere di ordine, e questo spiega anche il nesso che storicamente si stabilisce tra ordinamento internazionale e interno nel senso dello stato di eccezione. In esso la condizione politica ridiventa interna, e se questa possibilità risiede

24 Prodi (2000.)
25 Berman (1983).
26 Loewith (1994) 137.

permanentemente in quel tipo di sovranità, la società interna diviene compiutamente plasmabile così come sempre plasmabile è lo spazio esterno. Il sovrano diviene il detentore del potere di ordine, di costituzione del suo stesso corpo politico, e lo esercita nel suo potere di legge, che riposa in ultima istanza nel suo potere sullo stato di eccezione, come mimesi interna del suo potere di guerra. La legge è qui legata in modo misterioso ma essenziale alla guerra.

Come ha notato Galli, lo Stato si è posto come un "nesso tra guerra e politica", ma direi che tutto ciò riguarda non tanto lo Stato-nazione dal 1815 al 1914, come egli principalmente sostiene, quanto piuttosto la situazione del XVIII secolo, cioè la situazione delle guerre *indifferenti*, laddove, come giustamente notava Loewith, il contenuto delle ostilità è indifferente poiché questa intensità non riguarda in sostanza nulla di determinato e concreto nell'esistenza politica degli uomini, ma solo "il puro *essere o non essere*". Questa notazione di Loewith è fondamentale, perché coglie nel profondo, ma non giunge a compimento per l'avversione di Loewith alla sua stessa osservazione. È vero che per gli slesiani era indifferente se la Slesia apparteneva alla Prussia o all'Austria o ad altri, ma non lo era per la decisione per l'esistenza dei*i soggetti politici* che la compivano, la cui esistenza dipendeva da determinati spazi, a causa proprio del carattere esistenziale della decisione politica spaziale. Il mondo europeo puramente politico si compie proprio in un momento in cui è *indifferente* vivere da francesi o da tedeschi, onde l'indifferenza della caratterizzazione del politico come scelta tra amico e nemico coglie uno stato di fatto che si è storicamente dato. Il panorama cambierà completamente alla fine del XVIII secolo con l'avvento dei *contenuti* politici, specie francesi o americani, tramite cui il "*Credo*" tornerà sulla scena *in forma politica*.

Ciò che intendo sostenere è che questo passaggio al moderno è quello che precipuamente fonda le attuali manifestazioni differenziate della legge, perché provenienti in modo diverso dalla catastrofe della rottura dello spazio originario del continente, mai più realmente ricomposto, tanto che per noi, oggi, è molto difficile riuscire a comprendere cosa poteva intendersi per "legge" *prima* di tale avvenimento. Contemporaneamente, intendo anche sostenere che questa concezione moderna poggia in realtà su una "riserva di senso" – e quindi non è affatto nichilista – che deriva dal modo concreto in cui nel volgere di pochi anni il potere sovrano si è appropriato degli strumenti tipici della Chiesa e della teologia: il *potere di ordine*, la *potestas*

regendi, ed anche, come vedremo, il *magistero*. In fondo il sovrano moderno si espande in un vuoto derivato da un collasso repentino, e le sue forme concrete sono date dalle resistenze che ha o meno incontrato nei gruppi che effettivamente erano in grado di opporre una resistenza.

Infine intendo sostenere che proprio quando la legge veniva ridotta a mero fattore tecnico di ordinamento positivo, la divisione degli spazi sovrani ha comportato la differenziazione della presenza della legge, inaugurando tradizioni autonome in cui si manifestano i diversi *stili* di essa. "Storia" e "morfologia", nei termini di Ginzburg, diventano quindi effettivamente alleate, per non dire due diversi risvolti di un unico tentativo di indagine, nel cercare di delineare alcune conclusioni sulla *morphè* attuale del giuridico globale.

5. Conclusioni: la geopolitica del diritto e il dualismo dell'occidente

Quanto abbiamo fin qui visto punta nella direzione di mostrare come sul continente il giudice si dislocasse quale rappresentante della *persona* del sovrano. Una rappresentanza che in realtà gli conferiva poteri *sconfinati* di decisione, tant'è che spesso egli non motivava neanche la propria sentenza, e tant'è che la riaffermazione della legge procedette essenzialmente come contrapposizione a questi suoi poteri. In sostanza, il giudice continentale *presentizzava* la sovranità nel giudizio, e quindi poteva disporre in esso delle sue prerogative. Viceversa in Inghilterra il giudice venne a porsi quale *custode* della *legge orale* attraverso il *rifiuto* della "*presentitizzazione*" del Sovrano nel giudizio reso in suo nome. In Inghilterra, a differenza del continente, il giudice *impedisce*, *invece di realizzare*, la presenza diretta del sovrano nel giudizio. In questo modo egli *articola* la propria decisione, che viene conservata come precedente, ed è proprio in questa 'sapiente articolazione' che si sostanziano quelle "verità artificiali" della legge che solo i *Common lawyers*, e non il Re, sanno amministrare.

In base a queste diverse realizzazioni della giurisdizione si determinano, allora, due diversi esiti storici: sul continente si sottende una *iperbole* sovrana, mentre in Inghilterra si realizza una *esclusione* del sovrano dalla giurisdizione, che infatti è criticata e contrastata da Hobbes. In sostanza, già prima dei codici si assiste sul continente ad un assorbimento della giurisdizione nelle strutture dello Stato politico puro, mentre si assiste in Inghilterra

all'affermazione compiuta di uno Stato giurisdizionale puro, che finisce per assoggettare, in virtù della liturgia della legge orale, la sovranità stessa al proprio controllo.

Ciò che viene in gioco è, allora, la rappresentazione dello Stato giurisdizionale come legge *orale* e dello Stato politico come legge *scritta*.

Le considerazioni fin qui svolte, infatti, mirano a mostrare come le strutture giurisdizionali inglesi si declinino storicamente con riferimento ad una legge ancora da scrivere, ma già esistente, che riceve una *formulazione* nel caso concreto. Quest'ultimo, a sua volta, non si presenta affatto come una "decisione" pura, ma come un *exemplum*, una determinata occorrenza di fatti, che permette di adottare una articolazione perfettibile di una regola di legge. In questo senso, *ironicamente*, la giurisdizione inglese si regge su una *metafisica della legge*.

La giurisdizione è, in definitiva, l'esercizio di una decisione su uno spazio, o su una materia determinata: si è sottoposti ad una giurisdizione quando si deve sottostare a quella decisione. Tuttavia, l'esercizio della giurisdizione non trova in sè quasi mai una legittimità compiuta; esso deve rimandare ad una "metafisica" che riempia il vuoto su cui poggia la pura decisione. Questa metafisica legale finisce spesso per rimandare ad uno *jus*, o a un costume immemorabile, o appunto alla legge orale. In questo modo la sentenza non è mai veramente decisa, ma si presenta come una *dichiarazione*, come la scoperta di qualcosa che già preesisteva al caso e che può essere formulato a parole *in presenza* dei fatti, ovvero del conflitto, così come esso è stato portato davanti ai giudici. Il meccanismo di questa rappresentazione è in tal senso tutt'uno con la sua *denegatio*: cioè mentre lo si descrive, si nega espressamente la sua essenza di decisione, e ciò diviene possibile solo con il rimando ad una metafisica; ed in essa è evidente che la legge assume una consistenza ontologica che *travalica il linguaggio*. Essa non consiste, non è costituita dalle parole che la esprimono; non comanda in virtù delle parole. Il linguaggio della legge diviene, piuttosto, il veicolo umano imperfetto in cui quella legge eterea può per il momento venire espressa. Infatti, se la legge, in quanto orale, preesiste alla decisione e non si identifica con la propria formulazione verbale, allora essa può venire riformulata in modo più perfetto, né una sua applicazione successiva è veramente vincolata alle *parole* dei giudici precedenti. Il caso deciso vale come *exemplum* nella sua totalità, ben al di là del testo in cui è riportata la sentenza. Anzi, dopotutto, i fatti valgono per la loro esemplarità più delle parole dei

giudici. In questo modo, ciò che i giudici dicono decidendo il caso non può che rappresentare la loro *opinione* su cosa è la legge *in quel caso*. La ragione del decidere, la *ratio decidendi*, non è data dalle loro parole, ma dai *fatti stessi* in presenza dei quali quei giudici hanno deciso quel caso in quel modo.

Come ben si vede, si crea allora un dispositivo di rappresentazione della giurisdizione che richiede un duplice meccanismo: un *device*, per così dire, ontologico, ed una strategia della propria narrativa che non può che essere definita come *ironica*. Siamo, infatti, in presenza del meccanismo letterario dell'ironia, che negando il carattere deciso della decisione, rinvia ad una metafisica della legge che richiede necessariamente uno sganciamento della legge stessa dal linguaggio che la esprime.

Se, perciò, i sistemi continentali includono l'eccezione, e quindi il politico, al loro centro, lo Stato giurisdizionale, invece, eccepisce il politico come esterno, nell'ironia della permanenza del sublime nell'ordinario. Qui il "corpo politico" rimane propriamente un "corpo giuridico" politicamente rivolto all'esterno. In ultima analisi lo Stato giurisdizionale *mantiene* un concetto puro di politico come esterno, mentre è proprio lo Stato continentale di leggi a *ripiegare* il politico come potere di ordine, cioè di costituzione del proprio stesso corpo, dislocando al proprio interno la possibilità dell'eccezione, e quindi mostrandosi compiutamente come Stato *politico* di leggi.

Ciò significa, secondo me, che *non vi è un'unica* genealogia della politica occidentale e che, come vedremo, questa natura duale dell'Occidente è lungi dall'essere una mera contingenza.

Come abbiamo visto, il *Common Law* non solo amministra un rinvio, ma anzi *l'esistenza* stessa di questo rinvio alla "*uncanny presence*" della legge, e la sua cattura nelle decisioni *ordinarie,* ne costituisce l' *essenza*: la sua "forma-di-legge", nel senso per cui la legge produce se stessa in una data forma. Anche l'ideale neo-classico della legislazione politica perfetta *non* nega affatto questo rinvio, ma ritiene, in virtù della *perfezione* della sovranità politica, di poterlo realizzare compiutamente nell'ontologico di una legge *positiva* senza residui, onde questo residuo, questa riserva originaria di senso, torna a manifestarsi solo nella sospensione di ciò che è costituito quale vero e proprio meccanismo politico di suo governo. La posizione del "governo puro" del mondo – in quanto distinto dalla gloria sovrana, e mero fattore tecnico di efficacia – è invece quella della *negazione stessa* dell'esistenza di qualunque rinvio: si tratta della realizzazione di un ordine puramente e unicamente immanente, cui *non* occorre alcuna *rappresentazione*, poiché non c'è nulla

che sia assente da rendere presente. E perciò ogni *rappresentazione* diviene *fiction* rispetto all'operazionale.

Se, quindi, nel mondo contemporaneo l'economia è la realizzazione di un ordine che si realizza anche senza alcun progetto politico, in virtù di numerosi dispositivi decisionali decentrati e interagenti, allora qui l'economia si dà come un ordine di governo puro e immanente che *non* amministra più alcun "rinvio", perché *non c'è più* alcun rinvio da amministrare.

In questo senso lo "Stato giurisdizionale" mondiale *non* sarà affatto quello dei giudici di *Common law*, ma soltanto quello degli *arbitrati*. Sempre che quest'ordine non divenga compiutamente *automatico*, il che ritengo sia una possibilità concreta. Comunque, questo 'diritto' degli arbitrati non sarebbe più affatto, ed in nessun senso, un *Nomos della terra*, pur potendo divenire un *Nomos* globale. Se il mare *rappresenta* un governo della *techne*, questo *Nomos* sarebbe compiutamente *marittimo*.

In questo senso noi troviamo, però, una nuova e inaspettata *resistenza nomica concreta* alla realizzazione di un tale governo sconfinato, che tende a situarsi *non già* in Europa, ma proprio negli Stati Uniti. Ed in questo senso la nostra tesi è diversa, e procede in direzione opposta a quelle normalmente condivise e sostenute. Non è compito di questo scritto indagare la continua e pervasiva opposizione americana alle giurisdizioni internazionali, prima fra tutte quella della Corte Penale Internazionale, ma ripensare al centro della scena la natura *trascendente* dell'ordinamento americano in quanto ordine *sovrano*. L'esistenza di questa sovranità, e di questa legge "americana", non è un fatto che gli europei possano dimenticare solo in virtù del dissolvimento dei *loro* "corpi politici". Lo *stile* americano rimane compiutamente inalterato, come stile di un determinato "corpo politico", che continua a manifestarsi come tale. In fondo, e questa è la nostra tesi, il "politico" si è eclissato proprio sul continente europeo in cui si era manifestato nella sua visibilità ontologica come esplicito riconoscimento della legge scritta, dello stato di eccezione, e del potere di ordine sovrano. Per così dire sul continente il politico si è consumato nella sua visibilità. Al contrario il 'politico', proprio in quanto - come ha sottolineato Galli – elemento che sempre sfugge alla propria ontologizzazione, rimane profondamente presente, seppur come "rimosso", nei sistemi di *Common law*, che continuano ad amministrarne il rinvio *liturgico* alla legge orale. Contrariamente ad ogni apparenza i sistemi di *Common law* sono, in questo senso, più politici dei sistemi continentali, che invece hanno *esaurito* questa valenza nella sua manifestazione scritta.

Infatti se è vero che lo Stato giurisdizionale opera una 'stasi' del politico come *diniego* dell'eccezione, è vero che può farlo solo in virtù di una incarnazione del *sublime* della legge come *nomos*.

In Common law non c'è stato di eccezione, e l'emergenza entra solo attraverso la legislazione, perché l'eccezione stessa è internalizzata nell'incarnazione giudiziale della legge. Se, in definitiva, lo stato di eccezione è lo Stato politico puro, in cui non conta altro se non la decisione politica, tanto che la legge stessa ne risulta sospesa, in fondo il continente ha eccepito il politico fuori dall'ordinamento, *eccependo nel contempo* la legge scritta come estranea allo Stato politico puro. Viceversa il *Common law* non realizza affatto questa esclusione del politico in uno Stato *extra-ordinem*, perché lo incarna nello stesso regno della giurisdizione come manifestazione della legge orale.

In questo modo il politico ne risulta peraltro accresciuto rispetto al mero ufficio della guerra e della pace, che può infatti essere localizzato nella Presidenza o nella Corona, in quanto tale ufficio *non* ne costituisce la riduzione paradigmatica. In definitiva la formula dell'amico/nemico cattura l'indefinibilità del politico verso una sola questione, operandone, però in tal modo, una riduzione. Tale formula non è tanto una teoria, quanto la concreta memoria della archeologia della sovranità continentale, che, come tale, presuppone però alla fine una diversa genealogia della politica rispetto al mondo anglo-americano, e quindi, una compiuta dualità dell'occidente, proprio rispetto alla dimensione più trascendente del politico e del giuridico.

Per quanto paradossale possa apparire, la nostra conclusione sull'attuale geopolitica globale del diritto è, quindi, diametralmente opposta a quella comune. Non solo non esiste un Occidente della politica e della legge, e ne esistono due, ma - soprattutto - i loro ruoli sono invertiti. La presenza legale ultra-politica della legge orale dei sistemi di *common law* in realtà trattiene in sé, nel proprio interno, proprio quella dimensione "sublime" del politico, che invece si è consumata sul continente Europeo nella sua realizzazione ontologica della legge scritta, onde alla fine non vi è più alcuna presenza politica ultra-legale, quale contraddistingueva la vecchia sovranità continentale. Gli ordinamenti europei sono oggi tutt'al più in grado di riproporsi come ordinamenti giurisdizionali, ma senza quel *surplus* di indefinito – e come tale egemonico – che fa del *common law* ben più che un mero ordinamento giurisdizionale. In fondo, nonostante ogni mascheratura contraria, il Common law è ben più "politico" di ogni altri sistema di legge.

Questa è almeno la conclusione cui pensiamo di poter giungere nella nostra applicazione del metodo genealogico alla coniugazione di "morfologia" e "storia" che potrebbe venire utilizzata in sede di sistemologia comparata con riferimento al problema centrale dello "stato di eccezione" e dello "stile" che scaturisce dalle *legal origins*.

Bibliografia

Berman, Harold J. (1983), Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge (Ma)

Farinelli, Franco (2003), Geografia. Una introduzione ai modelli del mondo, Torino

Ferrarese, Maria Rosaria (2006), Diritto sconfinato inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma

Galli, Carlo (2008), Lo sguardo di Giano, Bologna

Gambaro, Antonio (1979), La legittimazione passiva alle azioni possessorie, Milano

Ginzburg, Carlo (1986), Miti, Emblemi, Spie, Torino

Gorla, Gino (1955), Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, 2 voll., Milano

Gorla, Gino (1965), Formazione e strutture fondamentali della common law, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 4, 1646–1682

Gorla, Gino (1980), Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo), in: Foro italiano, 104, V, 1–12

Gorla, Gino (1989), Diritto comparato e straniero, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 11, Roma

Hawkes, Terence (1977), Structuralism and Semiotics, London, https://doi.org/10.4324/9780203443934

Irti, Natalino (2006), Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Roma

La Porta, Rafael, Florencio Lopez de Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny (1998), The Economic Consequences of Legal Origins, in: Journal of Political Economics, 6, 285–332

Loewith, Karl (1994) Marx, Weber, Schmitt, Roma

Lupoi, Maurizio (1993), Gino Gorla, in: Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 91, 451–453

Martinet, André (1968), Economia dei mutamenti fonetici. Trattato di fonologia diacronica, Torino

Mattei, Ugo (1994), Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, in: The American Journal of Comparative Law, 42, 195–218, https://doi.org/10.2307/840732

Monateri, Pier Giuseppe (1984), La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, Milano

Monateri, Pier Giuseppe (2013), Geopolitica del diritto, Roma

Prodi, Paolo (2000), Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto, Bologna

Pugliese, Giovanni, et al. (1994), Scintillae Juris: studi in memoria di Gino Gorla, 2 voll., Milano

Sacco, Rodolfo (1947), Il concetto di interpretazione del diritto, Torino

Sacco, Rodolfo (1949), La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato, Torino

Sacco, Rodolfo (1974), Le substrat romaniste de droit des pays socialistes, in: Italian National Reports to the 9th International Congress of Comparative Law, Teheran, Milano

Sacco, Rodolfo (1981), Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs, in: General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law, Budapest

Stockwell, Robert (1959), Structural Dialectology: A Proposal, in: American Speech, 34, 258–268, https://doi.org/10.2307/453704

Zweigert, Konrad, Kötz, Hein (1992), Introduzione al diritto comparato, trad. it., vol. 1, Milano

Edmondo Mostacci

Evoluzione del capitalismo e struttura dell'*ordine giuridico*: verso lo Stato neoliberale?

1. Ordine giuridico e ordine economico, tra storia e comparazione

Un'indagine comparativa, volta ad evidenziare il ruolo che i processi economici hanno nell'evoluzione della forma dello Stato – intesa quest'ultima sia nel senso proprio della *forma di Stato*, sia nel significato più ampio di conformazione dell'ente politico e delle sue modalità di intervento nella sfera del reale –, si scontra con alcune difficoltà di ordine metodologico. L'ampia pluralità di fattori e circostanze astrattamente rilevanti, infatti, risulta difficile da maneggiare secondo una griglia di analisi dotata di un minimo di coerenza intrinseca e di una pur perfettibile vocazione esplicativa. Al contempo, non sembra essere questa la materia in cui procedere sulla base di singoli accadimenti epocali, posto che questi si pongono, il più delle volte, in coda ai processi, piuttosto che alla loro origine. Di conseguenza, le conclusioni cui si perviene potrebbero apparire apodittiche o, secondo differente prospettiva, mere suggestioni, più che controvertibili e lasciate ad una sempre parziale conferma ad opera degli accadimenti futuri.

L'esigenza di prevenire le afasie connaturate ad un approccio di carattere *naturalistico descrittivo*, incentrato cioè sull'ordinata composizione di una congerie di fatti e circostanze di diversa origine e natura, spinge ad adottare una prospettiva differente, incentrata sulla definizione delle forze che hanno composto il divenire storico,[1] sulle modalità del loro comporsi ed intrecciarsi e sul ruolo, ora attivo ora reattivo, che hanno saputo giocare nel corso degli eventi. Ciò al fine di individuarne l'inerzia – o, per così dire, verso, direzione ed energia cinetica – e definire non già previsioni certe sullo sviluppo degli eventi, ma il punto di arrivo delle dinamiche in atto, in assenza di accadimenti in grado di modificare gli odierni equilibri.

1 Su questo approccio al divenire storico, v. Deleuze (1962) in part. 10–13.

In altre parole, sembra opportuno svolgere una duplice operazione. In primo luogo, effettuare un'analisi che potrebbe dirsi genealogica del processo di trasformazione della forma degli Stati occidentali – fondamentalmente incentrata sulle visioni filosofico politiche, quali ipostatizzazioni delle forze che hanno fattivamente prodotto il divenire; successivamente, incentrare l'attenzione sul momento presente e individuare le linee di sviluppo del processo, secondo una linea di coerenza con i risultati della prima parte dell'indagine.

Non si tratta – è necessario sottolinearlo – di un compito semplice o privo di ambiguità. Anzi, è bene sin da subito precisare che un esame del tipo di quello che ci si propone di svolgere è strettamente legato – e, di conseguenza, influenzato – dalla prospettiva assunta alla base del programma di ricerca.[2] In altri termini, il rapporto tra fatti e interpretazioni non ha carattere esclusivamente discendente. Al contrario, si è in presenza di un'ipotesi che costituisce la chiave interpretativa del divenire storico, la quale non è passibile di autentica verificazione ma, più limitatamente, di affinamento e precisazione ad opera dell'analisi svolta. Parallelamente, la tesi è definita attraverso l'applicazione in funzione prospettica della chiave interpretativa precedentemente utilizzata nello studio del divenire storico, al fine di immaginare i risultati prodotti dallo sviluppo dei sistemi economici sulla forma degli Stati occidentali.

L'approccio che si è appena definito presenta, come detto, alcune potenziali ambiguità. In particolare, il rilievo assunto dall'ipotesi di lavoro enfatizza in misura consistente il ruolo problematico della precomprensione,[3] con il rischio di dare luogo a un'analisi affetta da una sorta di tautologica circolarità. Per tale ragione, oltre all'esigenza di esplicitare in modo chiaro la prospettiva da cui il tema è fatto oggetto di analisi, si avverte altresì la necessità di prestare attenzione a quelle « verità piccole e non appariscenti… trovate con metodo severo »[4] che nella loro pluralità sono in grado di testimoniare in misura sufficientemente attendibile il dispiegarsi delle forze economiche e sociali e il ruolo da esse ricoperto nel progredire degli eventi.

Coerentemente con questa premessa metodologica, il presente contributo si propone di analizzare come i processi economici abbiano inciso sulla

2 Somma (2014) 62.
3 Gadamer (1960) 312.
4 Nietzsche (1878–79).

forma dello Stato, in un duplice senso. In primo luogo, si cercherà di mettere in luce, in via del tutto sintetica e a tratti rapsodica, quale sia stata nel corso degli ultimi due secoli la cifra essenziale di questo rapporto. A tal fine ci si dedicherà dapprima allo Stato liberale ottocentesco, verificandone in particolare gli assunti filosofico politici, e poi al tentativo, proprio del costituzionalismo democratico della seconda metà del Novecento, di invertire i termini della relazione oggetto di studio e di funzionalizzare alle esigenze della comunità politica le strutture dell'ordine capitalistico.

Successivamente, si prenderanno in considerazione alcune fondamentali tendenze in atto che testimoniano di un cambio di paradigma che suona in parte come un ritorno all'antico, con il riemergere di una posizione di primazia delle necessità dell'ordine economico e della loro vocazione a plasmare i caratteri fondamentali degli ordinamenti giuridici.

La tesi di fondo che guida l'analisi riguarda il carattere temporaneo e in una certa misura apparente della transizione – talvolta intesa in senso meramente descrittivo,[5] talaltra sostenuta con accenti decisamente normativi[6] – degli ordinamenti di *civil law* verso le formule organizzatorie proprie del *common law*, considerate più efficienti e favorevoli all'*ordinato sviluppo* dell'ordine economico del capitalismo finanziario contemporaneo, in un contesto caratterizzato da ampia libertà di movimento transnazionale di merci e capitali. Al contrario, quello che si crede è che tale processo conduca oltre questa dicotomia, verso un modello di Stato che, in via di prima approssimazione, può definirsi *neoliberale*, in cui il ruolo dell'ordinamento giuridico nella gestione dei conflitti tra soggettività economiche e sociali secondo logiche non meramente economiciste lascia il posto a una funzione neutrale di garante degli assetti autonomamente prodotti dalle libere interazioni economiche tra individui e tra gruppi sociali.

2. Tra ragione politica e razionalità economica: brevi note diacroniche sul rapporto tra Stato e sistema economico

Nel solco della premessa tracciata al paragrafo precedente, la sintetica analisi del rapporto tra forma dello Stato e sistema economico può approcciarsi a

5 Anche con accenti invero critici, come in Glinavos (2014) 139.

6 Sono queste, in sintesi, le indicazioni di *policy* che si ricavano dai rapporti *Doing business* della World Bank, in particolare da World Bank (2013) e (2016).

partire dalle premesse filosofico politiche sottese alle rivoluzioni liberali. Ciò non perché non vi sia materiale su cui riflettere anche nelle epoche precedenti; tuttavia, il tema oggetto di studio assume connotati del tutto diversi con l'avvento di quella che può definirsi la *società mercantile possessiva*.[7]

Pur nella molteplicità delle radici filosofico politiche che hanno animato le rivoluzioni liberali tra Sette e Ottocento, un ruolo di particolare rilievo spetta a quel filone di pensiero, riassumibile nell'icastica formula dell'individualismo possessivo, che trova le sue radici più profonde nell'Inghilterra della seconda metà del Seicento, con le opere di Thomas Hobbes e John Locke. Nonostante le numerose differenze tra i due autori, spesso giustificate sulla base del diverso momento storico in cui sono state redatte le loro opere più significative – vale a dire la rivoluzione cromwelliana per il *Leviathan*[8] e il fallimento della restaurazione degli Stewart e il successo della *Glorious Revolution* per i *Two Treatises of Government*[9] –, il loro pensiero presenta un fondamentale elemento di comunanza nel ruolo due volte fondativo assegnato alla proprietà, quale struttura del nascente sistema economico mercantile e quale elemento basilare dell'ordine giuridico politico. Per un verso, la società « frammentaria e concorrenziale » edificata sull'istituto proprietario costituisce la ragione storica del potere sovrano teorizzato da Hobbes,[10] a consapevole motivo del fatto che l'affermazione di un nuovo modo di produrre determina « la necessità di formare un ordine adeguato »;[11] per l'altro, almeno se intesa al di là di un'interpretazione orientata dalla tradizione materialmente costituzionale,[12] l'operazione ideologica sottesa alla costruzione lockiana si fonda su un duplice mascheramento: « ciò che Locke

7 In termini generali, con l'espressione in parola si intende quel modello di organizzazione sociale in cui, seguendo l'analisi di Macpherson (1962) 77: « a) non si ha assegnazione autoritaria delle attività; b) non si provvede d'autorità alla remunerazione del lavoro; c) i contratti vengono definiti e imposti d'autorità; d) tutti gli individui cercano con mezzi razionali di massimizzare le loro utilità; e) la capacità lavorativa di ciascun individuo è sua proprietà personale inalienabile; f) terra e risorse sono possedimenti individuali e sono alienabili; g) alcuni individui aspirano a un livello di utilità o di potere maggiore di quanto non dispongano; h) alcuni individui hanno energia, abilità o possessi maggiori di altri ».

8 Hobbes (1651).

9 Locke (1690).

10 Macpherson (1962) 120 ss.

11 Negri (1972) 14.

12 Come le classiche di Stephen (1876) e Laski (1920).

riuscì sorprendentemente a fare, fu ricondurre il diritto di proprietà al fondamento del diritto e della legge naturale, e poi rimuovere i limiti della legge di natura dal diritto di proprietà ».[13] E se è vero che nel discorso del filosofo di Wrington il termine è spesso utilizzato in senso latitudinario – vale a dire come figura di ciò che *naturalmente* pertiene all'uomo, preliminarmente all'istituzione del vivere civile e associato – è altrettanto vero che egli, nei passaggi fondamentali del secondo volume dei *Treaties*, e in particolare « nella fondamentale argomentazione sul limite del potere dei governi, usa chiaramente proprietà nell'accezione più usuale di terre o beni (o diritto su terre e beni) ».[14]

I fondamenti filosofici di cui si è dato conto si esprimono in misura sufficientemente omogenea in alcuni *topos* fondamentali del costituzionalismo dell'epoca. In primo luogo, ciò risulta evidente dalla triade (*life*, *liberty* e *property*), di evidente ispirazione lockiana, che accompagna la clausola del *due process* del V emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti. Al di là di questo passaggio, viene poi in rilievo la tutela accordata alle situazioni giuridiche soggettive, da considerarsi di carattere fondamentale, in cui si sostanzia l'ordine proprietario posto alla base dell'ordinamento economico e sociale, le quali determinano quella vocazione politico costituzionale garantistica che caratterizza la forma di Stato detta liberale.[15] Parimenti, meritevoli di considerazione appaiono gli istituti volti a sterilizzare il processo politico[16] e a inserirlo all'interno di una cornice in cui l'organizzazione economica si pone quale a priori, al cui mantenimento essenziale è funzionalizzato l'ordine giuridico. Non si allude qui al solo suffragio ristretto (su basi censitarie e dunque *proprietarie*), il quale ha garantito l'attribuzione in via permanente del potere politico al gruppo sociale dominante, ma anche all'altrimenti incomprensibile sfavore verso il riconoscimento della libertà di associazione e di riunione e alla ben più intuibile intransigenza verso l'affermarsi di forme di lotta – sindacale, politica e di classe – legato alla seconda rivoluzione industriale.

Più in generale, nel corso dell'ottocento, i fondamenti economico politici cui si è fatto riferimento si declinano nella forte separazione tra Stato e

13 V. ancora Macpherson (1962) 231.
14 Macpherson (1962) 229.
15 Amato (2006) 41 ss.
16 Baldassarre (1991) 9 ss.

società civile, la quale si pone alla stregua di un principio d'ordine volto a garantire, con l'autonomia della società, la piena capacità del sistema economico di auto organizzarsi, secondo le proprie esigenze e in accordo con rapporti di forza tra gruppi sociali fattualmente coerenti con queste ultime. Specularmente a questo quadro, all'interno del fenomeno giuridico, almeno nell'Europa continentale, si sviluppa la prevalenza *di principio* del diritto privato – inteso e declinato come strumento atto a garantire l'autonomia della società civile dallo Stato e la funzionalizzazione dell'ordinamento giuridico all'ordine economico[17] – sul diritto pubblico, al punto che la costruzione delle stesse categorie giuspubblicistiche viene operata sulla falsariga delle *più avanzate* tassonomie del diritto civile.[18]

L'irriducibilità dell'autonomia della società civile alla sfera del politico e la necessità a che questa seconda si astenga dall'indirizzare la prima secondo un disegno politico trovano poi la loro sanzione più consapevole al principio del Novecento, al di là dell'Atlantico, con il celebre ciclo di pronunce della U.S. Supreme Court, noto come *Lochner era*,[19] in cui numerose iniziative intraprese dagli Stati della Federazione al fine di garantire il *general welfare* e di riequilibrare in funzione sociale la diversa forza contrattuale delle parti, specie in materia di contratto di lavoro, vengono giudicate incompatibili con la Costituzione federale, per violazione della clausola del *due process*, intesa in senso sostanziale.[20] Il punto merita di essere sottolineato. Infatti, quella del *due process* in senso sostanziale è da considerarsi una clausola oracolare e quindi priva di un contenuto definito. Attraverso di essa, la Corte – peraltro con una decisione di 5 contro 4, corredata da vibranti *dissenting opinion*[21] – decide di sottrarre al potere legislativo la possibilità di disciplinare la libertà contrattuale e, di conseguenza, il complessivo mercato del lavoro. Vale a dire, il tratto differenziale di quella *società mercantile possessiva* da cui è partito il presente *excursus* e, al contempo, il luogo ove i rapporti di forza tra gruppi

17 Barcellona (1973).

18 Emblematico, in tal senso, il lavoro della giuspubblicistica tedesca che – grazie in particolare alle riflessioni prima di Gerber (1852) e poi di Jellinek(1905) – produce la dottrina dei diritti pubblici soggettivi (sulla quale v., in sintesi, Baldassarre (1989)).

19 Dal *leading case Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

20 Brown (1927) 943.

21 In particolare, la *dissenting opinion* di Justice H.W. Holmes, secondo il quale « the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics » (198 US at 75).

sociali esprimono la loro primigenia vocazione conformativa dell'ordine sociale.

L'equilibrio tra ordine giuridico e struttura economica, delineatosi all'interno dello Stato liberale ottocentesco, è destinato ad entrare in crisi, per una pluralità di ragioni storiche che la necessità di sintesi non permette di approfondire, all'indomani della grande guerra. Il protagonismo delle classi subalterne, che si esprime nella crescita del sindacalismo e nella comparsa dei partiti di massa, unite alla consapevolezza circa il contributo fornito dalle prime allo sviluppo del sistema economico e, talvolta, allo sforzo bellico, con la presenza sullo sfondo del successo della rivoluzione bolscevica, si saldano in un processo che vede dapprima l'allargamento del suffragio e il tentativo di parte delle classi dirigenti liberali di integrare le nuove soggettività politiche nelle preesistenti strutture dello Stato e poi il crollo – nel torno di un quindicennio – di numerose strutture statuali, con il progressivo avvento di regimi autoritari,[22] in specie tra i Paesi militarmente sconfitti.

Il legame tra l'esperienza dei regimi fascisti e le esigenze dell'ordine economico non è soltanto palesata dagli accadimenti che hanno accompagnato l'avvento delle dittature italiana e tedesca, ma anche e soprattutto dalla prassi politica dei due regimi,[23] incentrata – almeno per quanto qui interessa – su un doppio registro: per un verso, ricercare l'adesione al regime delle masse sulla base di spinte identitarie e irrazionalistiche; per l'altro, coltivare una gestione del sistema economico attraverso strutture burocratiche tecnocratiche,[24] in grado di relazionarsi in via paritaria con i maggiorenti dell'industria e della finanza nazionali. Si pensi in proposito, giusto per limitarsi agli esempi più evidenti, al ruolo di tramite tra potere politico ed economico svolto da Giuseppe Volpi di Misurata, sia in occasione della fondazione dell'Agip sia come presidente di Confindustria;[25] oppure al lavoro svolto da Alberto Beneduce e Donato Menichella, culminato nella fondazione dell'Iri,[26] nella gestione degli intrecci tra sistema bancario ed industria, negli anni successivi alla crisi del 1929.[27] O ancora, si ponga mente alla figura

22 V. Fabbri (2009). V. anche Valiani (1986) e Bracher (1986).

23 Horkheimer (1939) 15.

24 Sul ruolo svolto dai giuristi nel coordinare l'azione pubblica con le richieste dei soggetti economici, v. Somma (2006) 420.

25 Romano (1979).

26 Su cui v. Ferretti (2011) 125 ss.

27 V. Farese (2015) 97 ss.

invero determinante di Hjalmar Schacht nell'indirizzare quel progetto di « ristrutturazione statuale dell'economia e di organizzazione centralizzata dello sviluppo », permeato di razionalità capitalistica, che ha costituito la « vera essenza » della politica nazionalsocialista.[28]

2.1 Segue: la parentesi dei Trenta gloriosi

Il rapporto di dipendenza della forma dello Stato dalle esigenze dell'ordine economico, che aveva caratterizzato l'essenza più profonda dello Stato liberale e della sua degenerazione autoritaria conosce, all'indomani del secondo conflitto mondiale, una evidente soluzione di continuità, apprezzabile sia a partire dall'analisi dei testi costituzionali del relativo ciclo e di quello successivo alla caduta degli ultimi autoritarismi dell'Europa occidentale, sia – almeno in una certa misura – dalle finalità perseguite dal potere pubblico, se non altro in una rilevante parte dei cosiddetti Trenta gloriosi.[29]

Quanto al primo profilo, i redattori dei testi costituzionali italiano e francese valorizzano l'esperienza maturata tra le due guerre, almeno secondo due principali direttrici. Per un verso, si recupera l'intuizione, preconizzata dall'esperimento weimariano, di cristallizzare nel patto costituzionale un equilibrio tra le esigenze del sistema sociale e quelle del sotto-sistema economico fondamentalmente incentrato sulle prime. Così, innanzi tutto, la Costituzione italiana non soltanto contiene un ampio catalogo di diritti sociali, nel solco di quanto avvenuto con la costituzione tedesca del 1919, ma le libertà economiche conoscono clausole limitatrici, assiologicamente riconducibili al principio di eguaglianza, declinato anche in senso sostanziale,[30] e al progetto di trasformazione sociale da esso preconizzato. Parimenti, il lavoro viene posto a fondamento della Repubblica a partire dallo art. 1[31] e ricorre in un'ampia pluralità delle disposizioni successive.[32] Più pianamente, invece, la Costituzione della *IV République* affida al Preambolo la dichiarazione dei principi politici, economici e sociali, considerati « parti-

28 Bologna (1971).

29 Fourastié (1979).

30 Emblematica, in tal senso, l'utilità sociale, in contrasto con la quale la pur libera iniziativa economica non può svolgersi. Sui legami tra la clausola in parola e il principio d'eguaglianza, v. Luciani (1991) 377.

31 Sul principio lavoristico nella Cost. italiana, v. Mancini (1975) 244.

32 V. Luciani (2008).

culièrement nécessaires à notre temps »,[33] dopo che il referendum del 5 maggio 1946 aveva respinto un primo testo costituzionale, comprensivo di un articolato catalogo di diritti sociali.[34] Similmente, la Legge fondamentale della Germania – che pure riconosce rilievo costituzionale al *gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht* – sancisce che la Repubblica è un « demokratischer und sozialer Bundesstaat »,[35] nonostante le note influenze esercitate, sul costituente tedesco, da una cultura giuridica scettica in merito alla formula dello Stato sociale.

Per altro verso, viene in rilievo l'attenzione prestata al pluralismo economico e sociale, quale fondamento primo del pluralismo politico e dello Stato democratico.[36] Secondo questa direttrice, i cataloghi dei diritti redatti dopo la seconda guerra mondiale accolgono al proprio interno, su un piano di parità assiologica con le più classiche libertà negative, le libertà della sfera pubblica, mentre il protagonismo delle classi subalterne trova considerazione ad opera dei diversi sistemi costituzionali, in forme differenziate e coerenti con la cultura giuridico politica del Paese, ma convergenti nell'obiettivo di dare al pluralismo economico la necessaria strutturazione giuridica. Più in generale, il nodo dei rapporti tra gruppi sociali viene sciolto sulla base di una visione dotata di un grado minimo di consapevolezza, non certo attraverso formule immediatamente prescrittive, più adatte alle costituzioni bilancio, o tramite clausole generali prive della necessaria pregnanza, quanto piuttosto per il tramite di istituti giuridici finalizzati a permettere una dialettica sociale ordinata, ma non irenistica.

Dal punto di vista delle politiche perseguite nel corso dei Trenta gloriosi, dopo una prima fase in cui le esigenze della ricostruzione del tessuto industriale fanno premio su altre priorità di intervento in materia economica – su tutte, il contrasto alla disoccupazione la quale è al più lenita da interventi quali, in Italia, l'ampliamento della cantieristica IRI e il piano Fanfani per l'edilizia economica –, l'obiettivo della piena occupazione viene posto al centro della politica industriale.

33 Sul ruolo e valore del preambolo v. – oltre alla celebre decisione 71–44 DC del 16.07.1971 del Conseil constitutionnel – Favoreaux (1975) e Costanzo (2009).

34 Ferrari (2011) 208 s.

35 Art. 20.1, GG.

36 Sul punto, v. le riflessioni di Neumann (1967).

Più in generale, all'interno del contesto italiano, nel decennio che prende le mosse dalla redazione dello *schema Vanoni*, l'approccio del potere pubblico nei confronti del sistema economico subisce, almeno negli intenti, un vero e proprio riorientamento, teso a revocare in dubbio l'autonomia, tipica della fase che è stata definita del *protezionismo liberale*,[37] della società civile nell'individuazione delle determinanti dello sviluppo e di conseguenza la *concezione bifronte* della libertà economica. Si apre così quella diversa fase che, per quanto segnata da contraddizioni e fondamentali incertezze, pone l'agenda dello sviluppo del sistema industriale ed economico italiano nelle mani del decisore pubblico e che può quindi definirsi di *protezionismo pluridiretto*, caratterizzata dalla contemporanea presenza di una pluralità eterogenea di fattori:

> la crescita e il moltiplicarsi degli strumenti di intervento pubblico a carattere discrezionale, la conservazione accanto a essi dei precedenti strumenti di sostegno, il permanere solo in parte attenuato della pluralità e reciproca autonomia degli operatori pubblici che maneggiano gli uni e gli altri, l'accentuarsi dei fenomeni di disgregazione politica avviata dal dilagare dei gruppi di interesse nella società e delle negoziazioni conseguenti.[38]

Se quanto detto concerne in primo luogo la politica industriale, la prevalenza del sistema sociale sul sottosistema economico si esprime anche negli altri settori della politica economica: per un verso, almeno a partire dagli anni Sessanta, la gestione della finanza pubblica si impronta alle esigenze di sostegno alla domanda aggregata e di accoglimento delle diverse istanze provenienti dal tessuto sociale;[39] per altro verso, almeno sino alla prima crisi petrolifera e al riassetto del 1974, la politica monetaria è incentrata sulla stabilità del tasso di interesse,[40] a sua volta direttamente influenzato dalle scelte governative in materia di finanza pubblica, secondo uno schema che sarà poi chiamato della dominanza fiscale.[41]

L'esperienza dei Trenta gloriosi è destinata a chiudersi con gli anni settanta, per il convergere di due distinte spinte: per un verso, l'apparente perdita di capacità predittiva dell'impostazione del pensiero economico

37 Amato (1972) 27.
38 Amato, (1972) 70.
39 Rossi (2007).
40 Rossi (2007).
41 Gaiotti, Secchi (2012).

che aveva sostenuto l'avvento di un modello di intervento del settore pubblico nei rapporti economici di economia guidata o, quanto meno, fortemente controllata.[42] Per l'altro, l'affermarsi di visioni economico politiche tese a contestare in radice la possibilità di una razionale gestione politica dei processi economici. Al contrario, il pensiero economico e politico negli anni Settanta adotta una prospettiva fortemente realista nell'analisi dei processi decisionali pubblici, incentrata su una visione sostanzialmente opportunista del personale politico, che conduce rapidamente ad asserire la necessità di salvare il capitalismo dalla democrazia o, quanto meno, dagli eccessi di democraticismo.[43] Le conseguenze di questa impostazione hanno contribuito a determinare, almeno nel lungo periodo, quel riorientamento assiologico dello stato costituzionale su cui ci si soffermerà a breve.[44]

3. Alcune tendenze in atto: la *desertificazione* del Territorio

Le linee di tendenza in merito al rapporto tra forma dello Stato e ordine economico di cui si è dato conto nel paragrafo precedente sembrano oggi evolvere nel senso di un ritorno alla primazia del secondo nei confronti della prima e, in via generale – come accennato in sede di introduzione –, sembrano spingere gli ordinamenti riconducibili al modello dello Stato di legislazione ad uniformarsi ai più efficienti – *rectius*: più funzionali alle esigenze degli attori economici, specie di grande dimensione – stilemi dello Stato di giurisdizione.[45]

Tale processo, di cui vi sono evidenti testimonianze, sembra però essere non già il punto terminale di un'evoluzione segnata nel percorso e negli esiti, quanto piuttosto una fase di un passaggio ben più profondo che concerne il ruolo stesso del diritto all'interno della struttura degli ordinamenti sociali. Questa conclusione sembra supportata da alcune tendenze – talune più risalenti, altre di emersione invero recente – che emergono dalla realtà degli ordinamenti contemporanei, le quali testimoniano di alcune linee di forza fondamentali, in grado di guidare il continuo processo di trasformazione delle collettività organizzate.

42 Huber (1953–54).
43 Sono queste le conclusioni di Crozier, Huntington, Watanuki (1975).
44 V. infra, par. 4.2.
45 V. Mattei (2005) 92.

La prima di esse si è affermata ormai da almeno un ventennio e ha carattere decisamente latitudinario. Si allude a quella che metaforicamente può definirsi la *desertificazione del territorio*, inteso come classico elemento costituivo dello Stato.

Con tale metafora, ci si riferisce alla progressiva perdita della capacità del potere pubblico di conformare una quantità crescente di relazioni interindividuali e di azioni poste in essere da persone giuridiche e fisiche, posta la crescente facilità con qui queste ultime possono collocare le proprie attività al di fuori dei confini dello Stato di residenza. Da un lato, questa può apparire una mera circostanza di fatto: lo sviluppo dei sistemi di trasporti e telecomunicazioni rende agevoli trasferimenti che sino a qualche decade fa apparivano eccessivamente onerosi per poter essere praticati, con regolarità, su vasta scala. Giusto a mero titolo di esempio, per una gestante residente in Irlanda è oggi assai più semplice che in passato varcare i confini del proprio Paese per interrompere la gravidanza in ordinamenti ove ciò non sia vietato; similmente può dirsi per la coppia che voglia recarsi laddove sia lecito ricorrere a una maternità surrogata, se l'ordinamento di residenza non ammette tale pratica.

Già di per sé, l'elemento fattuale non può ritenersi insignificante anche dal punto di vista giuridico, sia per la necessità di tenere conto dell'effettività delle norme – e cioè della loro capacità di indirizzare concretamente i comportamenti individuali – sia per la retroazione che tale problema ha sulle scelte del decisore pubblico. In altri termini, la consapevolezza per il legislatore di non poter garantire l'effettiva applicazione di una certa prescrizione giuridica può essere motivo per modificare la scelta politica a essa sottesa e preferire opzioni regolatorie concretamente praticabili. È questo il caso di molte scelte in materia di regolazione dei rapporti *lato sensu* economici, dal progressivo spostamento della pressione fiscale dai redditi da capitale a quelli da lavoro, e dalla tassazione diretta a quella indiretta, alle pratiche di fiscalità concordata tra governi nazionali e imprese multinazionali, con espliciti obiettivi di politica economica, all'enfasi posta sulla semplificazione delle pratiche amministrative, finalizzata anche a rendere più attrattivo l'ordinamento domestico per eventuali investitori stranieri, sino alle diverse iniziative di riforma del mercato del lavoro, volte a limitare il fenomeno delle delocalizzazioni.

Inoltre, è da considerare la misura in cui il diritto ha favorito il dispiegarsi della tendenza appena esaminata, sia sul piano domestico sia e soprattutto

sul piano sovranazionale. Così, l'intensificazione del commercio internazionale, alla base della globalizzazione dei mercati, trova nell'opera dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (Wto) una propria determinante fondamentale. Ancora, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (Ocse) ha svolto un ruolo indiretto ma di primo rilievo nel promuovere pratiche di localizzazione strategica delle imprese, le quali hanno spesso portato a una dissociazione tra imposte e *sostanza economica* oggi avvertita come problematica. In particolare, per un verso, l'art. 7 della *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*[46] enuncia il principio secondo il quale un reddito di impresa è tassabile al di fuori del paese d'origine della stessa solo laddove una stabile organizzazione sia rinvenibile all'interno di una diversa giurisdizione fiscale. Per altro verso, la scelta in favore del prezzo di libera concorrenza quale elemento cardine alla luce del quale verificare la congruità dei trasferimenti di reddito tra le diverse strutture di cui si compone una impresa multinazionale ha spinto ad interpretare il concetto di stabile organizzazione secondo l'approccio dell'entità funzionalmente separata, anziché secondo quello della rilevante attività di impresa. Ancora, volgendo lo sguardo ad ambiti del tutto differenti da quello appena considerato, e arrivando a disposizioni giuridiche immediatamente vincolanti, si ponga mente all'incidenza avuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di libera circolazione delle informazioni sui servizi per l'interruzione di gravidanza sui Paesi ove questa pratica è proibita.[47]

Quella della *desertificazione* è, naturalmente, soltanto una metafora: infatti, sono ancora numerosi gli ambiti in cui si esplica una sostanziale capacità degli ordinamenti giuridici di indirizzare la condotta dei cittadini. Tuttavia, il numero e l'importanza dei campi in cui tale processo è in atto sono di particolare rilievo e risultano essere crescenti. Non è questa la sede per passare in rassegna gli ulteriori e numerosi esempi di una dinamica a tal punto ampia e sostanzialmente conosciuta. Ciò che interessa mettere in luce sono due distinte circostanze. In primo luogo, quella per cui la desertificazione di

46 Il cui primo comma dispone: « Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein ». Il testo della convenzione modello è reperibile all'*url*: www.oecd.org/tax/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf.

47 V. Corte giust. UE, Causa C-159/90, sent. 4.10.1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e al.*

cui si tratta non ha solo un (pur autonomamente rilevante) versante meramente fattuale, ma anche delle radici strettamente giuridiche. In altri termini questa è ad un tempo una causa della trasformazione che coinvolge la forma dello Stato contemporaneo e una conseguenza di questa stessa trasformazione.

In secondo luogo, da un punto di vista socio-economico il processo in esame non è neutrale. Per un verso, la possibilità di radicare al di fuori dei confini nazionali le attività intraprese per fuggire le regole del diritto domestico cresce di pari passo con le condizioni reddituali e patrimoniali del soggetto agente, sia esso una persona fisica o giuridica. Anzi, nel caso delle imprese, la dimensione gioca un ruolo di primo piano nel rendere praticabili e vantaggiose pratiche *lato sensu* di *forum shopping*, con ricadute importanti sul piano di gioco in cui avviene la competizione e, quindi, sulla complessiva conformazione della struttura dei sistemi economici occidentali. Per altro verso – ma sul punto si avrà occasione di tornare meglio in seguito – le sedi sovranazionali che hanno in parte guidato l'evoluzione del diritto in senso favorevole alla desertificazione presentano il più delle volte legami rilevanti con i soggetti economici di maggiore dimensione, con una torsione in favore di questi ultimi del risultato derivante dall'esercizio delle loro funzioni.

3.1 Lo sviluppo di sedi regolatorie transnazionali

Quanto visto al paragrafo precedente spinge a interessarsi brevemente della crescita del ruolo di sedi regolatorie di carattere sovranazionale, vale a dire di quel variegato e complesso sistema di istituzioni e soggetti in cui si articola la cosiddetta *governance* della globalizzazione.

Dal punto di vista istituzionale, questo sistema si compone di diversi centri di produzione di regole e standard, *lato sensu* intesi, i quali possono classificarsi in almeno quattro diversi tipi, a seconda della loro natura giuridica e del legame che intrattengono con gli ordinamenti nazionali. Prendendo quest'ultimo come criterio ordinatore, e volendo partire da quei soggetti che presentano più marcato carattere pubblicistico, si possono in primo luogo individuare le istituzioni deputate a garantire la stabilità di moneta, finanza e commercio transnazionali, fondate su accordi internazionali e aventi indole intergovernativa.[48] Si tratta in primo luogo delle organizzazio-

48 Ferrari (2010) 153.

ni internazionali istituite dagli accordi di Bretton Woods del luglio 1944 – e cioè il Fondo Monetario Internazionale (Imf) e la Banca Mondiale (Wb) – a cui si aggiunge la già citata Organizzazione Mondiale del Commercio (Wto).

L'attitudine di Imf, Wb e Wto a enucleare regole e standard giuridicamente rilevanti è invero differenziata a seconda dell'organizzazione di cui si tratta. Volendo operare una sintesi schematica, l'Imf è solito produrre *key standard* su tematiche definite e rilevanti per il governo dei processi economici, i quali presentano un taglio tendenzialmente piuttosto analitico. Dal canto suo, la Wb non dispone di un autonomo potere regolatorio. Tuttavia, è solita individuare parametri economici e finanziari, rilevanti anche dal punto di vista della disciplina delle attività economiche, al cui rispetto è condizionata l'erogazione del sostegno finanziario offerto dall'Istituzione.

Il principio di condizionalità e l'attitudine a concedere un ausilio finanziario sulla base della *compliance* alle indicazioni fornite – in termini generali o specifici – da parte del beneficiario accomuna in realtà entrambe le organizzazioni di Bretton Woods.[49] Inoltre, in termini più generali, esse hanno sviluppato la prassi di redigere, a richiesta dei Paesi interessati, rapporti nazionali sul grado di osservanza degli standard e delle indicazioni da esse emanati (*Reports on the Observance of Standards and Codes* – Roscs), i quali incidono in misura significativa sulla possibilità per i richiedenti di accedere ai finanziamenti erogati dalle istituzioni del mercato finanziario internazionale. Ciò, dal punto di vista sostanziale, esalta la normatività degli atti adottati da queste istituzioni.

Dal canto suo, il Wto sovrintende alla corretta esecuzione degli accordi di Marrakech e degli altri accordi commerciali multilaterali siglati nel suo ambito[50] – oltre a fungere da sede in cui svolgere negoziati per la redazione di accordi plurilaterali ulteriori – ed è assistito da un ragguardevole apparato di coercizione e di poteri sanzionatori e da un sistema arbitrale articolato su due livelli.

Il secondo tipo di *global standard setter* è invece costituito dai soggetti a struttura reticolare e a base associativa che, pur avendo carattere formalmente privatistico, raggruppano istituzioni che, sul piano domestico, sono generalmente qualificate come pubbliche. È il caso, ad esempio, della *Inter-*

49 Iannì (2016).
50 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

national Organization of Securities Commission (Iosco),[51] che raggruppa le autorità di regolazione del mercato mobiliare, o del *Basel Committee on Banking Supervision* (Bcbs), che raccoglie le autorità incaricate della vigilanza bancaria.[52]

Dal punto di vista delle funzioni regolatorie, Iosco e Bcbs adottano *Principles* (Iosco), standard (Bcbs) e linee guida (entrambi), la cui cogenza è in primo luogo fattivamente assicurata dal convergere di due differenti fattori: per un verso, la fondamentale omogeneità dei soggetti domestici che compongono i due *standard setter* assicura l'uniformità dell'approccio seguito da questi; per altro verso, la forte interconnessione dei mercati bancario e finanziario internazionali mostra di essere una forza potente di uniformazione delle regole che sovrintendono ai singoli tasselli nazionali.

Un terzo gruppo di regolatori è invece costituito da quei soggetti, anch'essi a base associativa, che raccolgono non già soggetti pubblici, ma associazioni esponenziali degli interessi regolati, come lo International Accounting Standard Board (Iasb), che opera nel settore dell'*accounting*, e lo International Auditing and Assurance Standard Board (Iaasb), attivo in quello dell'*auditing*.[53] Entrambi adottano standard in settori la cui elevata complessità tecnica ha di fatto spinto gli ordinamenti nazionali ad abdicare al proprio ruolo, in favore di associazioni che raccolgono operatori del settore, le quali hanno a loro volta dato vita a un coordinamento sovranazionale onde venire incontro alle esigenze di un mercato fortemente integrato e interdipendente. Anche in questo caso, la normatività degli standard si fonda non già sulla classica coazione, quanto piuttosto sulle esigenze di uniformità e sulla comunanza di intenti tra regolatore sovranazionale e destinatari delle norme.

Spostandosi recisamente al di fuori del perimetro costituito da soggetti che hanno un assetto istituzionale definito, vi è infine da considerare l'opera di regolazione, intesa in senso particolarmente ampio, messa in opera da imprese private caratterizzate da un ruolo di particolare importanza all'interno dei mercati globalizzati.

In primo luogo, vengono in rilievo le società di *rating*, le cui valutazioni hanno un rilievo strategico per l'accesso al credito di una pluralità di (poten-

51 Su cui v. Cassatella (2007) 77.
52 Sul quale v. Wood (2005).
53 Rotolo (2007) 241 ss.

ziali) debitori.[54] Va da sé che esse non svolgono un ruolo normativo propriamente detto. Tuttavia, l'adesione da parte dei valutati ai modelli interpretativi della realtà economica propria di queste agenzie costituisce un elemento di valutazione implicito, ma non per questo non rilevante.[55] Inoltre, merita una pur breve menzione il ruolo delle imprese multinazionali – e delle *law firms* che le supportano – nel determinare quegli usi e standard del commercio internazionale,[56] caratterizzati da potente capacità conformativa, generalmente noti sotto il nome di nuova *lex mercatoria*.

La rapida e non esaustiva panoramica che si è appena articolata testimonia di come alla desertificazione del territorio faccia da contraltare l'emersione di sedi regolatorie transnazionali, caratterizzate da legami flebili con i decisori pubblici domestici. Esse non soltanto producono diritto in ambiti di particolare rilievo per lo sviluppo dei diversi sistemi economici nazionali e per le relazioni giuridiche intrattenute al loro interno, ma finiscono altresì per incidere sul complessivo equilibrio che si instaura tra decisore pubblico e sistema economico. Infatti, per un verso, in un contesto caratterizzato da un'elevata esigenza di uniformità per ciò che concerne le regole in materia economica e dalla necessità, dovuta alla pressione competitiva dei mercati globalizzati, per i sistemi economici di adottare soluzioni normative *efficienti*, l'opera dei regolatori internazionali limita in misura significativa le opzioni disponibili per i decisori pubblici nazionali in materia di governo dell'economia. Per altro verso, la legittimazione tecnica che, nella gran parte dei casi, sostiene l'opera di tali soggetti proietta un cono d'ombra sulle opzioni politico-ideologiche che, pur sottotraccia, sono connaturate alle scelte regolatorie. D'altra parte, si tratta di soggetti che, seppure in forme indirette e tra loro differenziate, intrattengono relazioni privilegiate con gruppi socialmente e culturalmente omogenei.

Tale ultimo punto merita di essere precisato. Concorrono a costituire queste relazioni privilegiate tre diversi fattori. Il primo e più rilevante è costituito dall'omogeneità culturale: dirigenti, consulenti e amministratori delle grandi imprese e soggetti che operano all'interno dei *global standard setter* condividono – almeno tendenzialmente – una certa chiave interpretativa del mondo che si fonda su percorsi di studio affini, nella gran parte dei

54 De Bellis (2006) 153 ss.
55 Sul p.to sia consentito il rinvio a Mostacci (2015).
56 Mitchell (1989) e Galgano (2001).

casi di carattere economico, e sulla condivisione pressoché continuativa di analisi e valutazioni all'interno di *forum* e *meeting* periodici. Il secondo, parzialmente legato al primo, deriva da quel naturale interscambio di posizioni per il quale molti dei regolatori hanno assunto in passato posizioni di rilievo nel mondo dell'impresa e sono destinati a ritornarvi. Infine, a dispetto delle apparenze, anche il mercato è un luogo sociale che, come tale, si fonda tra l'altro su assunti e pretese verità condivisi dalla platea dei partecipanti. Il *policy maker* che voglia essere obbedito in primo luogo grazie alla propria reputazione non può, di norma, sfidare questi assunti, ma è chiamato ad aderirvi e a svolgere il suo ruolo conformemente a essi.

3.2 Il *riorientamento assiologico* dello Stato costituzionale

Un'ulteriore e assai significativa tendenza è costituita dal riorientamento assiologico dell'insieme dei principi a cui gli Stati della *Western legal tradition* improntano la propria azione.

Si tratta di un fenomeno che presenta due direttrici fortemente correlate ma distinte. La prima riguarda gli Stati in sé considerati; la seconda concerne le conseguenze che derivano dalla partecipazione ad organizzazioni internazionali fortemente strutturate di area regionale, in primo luogo l'Unione europea.

Ragioni espositive suggeriscono di partire dalla seconda direttrice, la quale definisce il contesto in cui si dispiega la prima. Da questo punto di vista, esigenze di sintesi impongono di concentrare immediatamente l'attenzione sul diritto europeo e su come esso sia innervato di un assiologia almeno parzialmente difforme da quella che caratterizza il costituzionalismo democratico dell'Europa occidentale,[57] per motivi riconducibili in primo luogo alla strategia del processo di integrazione.[58]

La scelta in favore di un integrazione graduale e incentrata, in assenza di una comunità politica europea, sul ruolo centrale del mercato unico, per quanto foriera di numerosi successi, ha prodotto conseguenze di rilievo. La prima in ordine di importanza consiste nella particolare struttura del diritto costituzionale europeo, il quale è composto da una pluralità di segmenti, ordinati secondo una gerarchia tendenzialmente stabile e funzionale al ruolo

57 Sul tema sia consentito il rinvio a Mostacci (2013).
58 Vauchez (2015).

del mercato unico. Così, a dispetto di visioni irenistiche o conciliatrici, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha offerto una tutela rafforzata alle cosiddette quattro libertà, a dispetto di altre situazioni giuridiche che a livello domestico avrebbero trovato maggiore considerazione.[59] Simmetricamente, i diritti sociali non hanno mai trovato un'esplicita sanzione nel diritto primario europeo – se si eccettua l'integrazione nel trattato di Amsterdam dei principi sottesi alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori –, la politica sociale è stata fatta oggetto di un mero coordinamento morbido[60] e, infine, l'art. 151 del Trattato sul funzionamento sancisce che l'Unione e gli Stati membri, nel promuovere l'occupazione e il miglioramento delle condizioni di lavoro, « mettono in atto misure che tengono conto… della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione »; parimenti, continua il citato art. 151, al par. 3, tali soggetti ritengono che tali obiettivi risulteranno perseguiti, almeno in parte, dal funzionamento del mercato interno. In buona sostanza, il rapporto tra tutela delle situazioni giuridiche (nazionali) a contenuto sociale e mercato è declinato in senso fortemente favorevole al secondo di questi termini.[61]

La distanza assiologica tra costituzionalismo democratico e diritto costituzionale europeo è altresì rintracciabile anche a livello di principi fondamentali. Ad esempio, si consideri la differenza tra il testo dell'art. 4 della Costituzione italiana – a norma del quale « La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto » – e il par. 3 dell'art. 3 del TUE: « L'Unione… si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che *mira* alla piena occupazione e al progresso sociale ». Se nel primo caso la piena occupazione si pone come obiettivo di carattere primario, nel secondo essa è solo una delle finalità a cui *mira* il modello socio economico fortemente competitivo preconizzato dalla disposizione, da considerarsi dunque prevalente in via di principio.

59 Emblematici i casi *Viking* (Corte giust., sent. 11.12.2007, C-438/05) e *Laval* (Corte giust., sent. 18.12.2007, C-341/05), in cui la Corte di giustizia offre « risposte inquietanti » – così Ballestrero (2008) 389 – agli interrogativi posti dal rapporto tra il mercato unico, le quattro libertà e alcuni elementi fondamentali del modello sociale dei singoli Paesi europei.

60 V. Jacobsson (2004) 357 e Trubek, Trubek (2005) 347.

61 V. Somma (2008) 515.

Simili osservazioni possono essere altresì compiute con riferimento all'Unione economica e monetaria. Qui emerge in primo luogo la regola fondamentale – vera e propria *Grundnorm* dell'Uem[62] – che orienta la politica monetaria della Banca centrale europea, vale a dire la stabilità dei prezzi. Da un punto di vista assiologico, non si tratta di una scelta priva di conseguenze, sia per questioni di carattere distributivo – posto che tale obiettivo di *policy* si mostra decisamente più attento alle esigenze dei soggetti creditori che di quelli debitori –, sia in virtù del potenziale *trade-off* tra stabilità dei prezzi e piena occupazione, teorizzato da buona parte del pensiero economico.[63]

Inoltre, al di là dello specifico e autonomo rilievo della norma fondamentale della costituzione finanziaria europea, è la complessiva architettura dell'Uem ad incidere sulle finalità di politica economica perseguite dalle Istituzioni europee e dagli Stati. Infatti, all'interno di un mercato fortemente integrato, la separazione di politica monetaria e fiscale, con il corollario del divieto di facilitazioni creditizie, riduce fortemente i margini per politiche fiscali espansive. Al contempo, in un contesto caratterizzato altresì dalla penuria di risorse finanziarie pubbliche, l'architettura dell'Uem restringe le direttrici di politica economica astrattamente perseguibili a vantaggio di quelle incentrate sulla competitività, da realizzarsi attraverso il contenimento dei costi. Tuttavia, è chiaro che in un sistema votato alla libera circolazione dei capitali, il fattore della produzione maggiormente inciso è il lavoro. Risulta del tutto coerente con questo quadro l'enfasi che le istituzioni europee, specie nel contesto della procedura per gli squilibri macroeconomici, pongono sulle riforme strutturali *necessarie alla crescita*, con particolare e specifico riferimento per quelle relative al mercato del lavoro.

L'impatto della partecipazione ad organizzazioni internazionali di area regionale accelera e rinforza un processo di riorientamento assiologico che gli Stati della *Western legal tradition* stavano già conoscendo in via per così dire autonoma,[64] a partire dagli anni Settanta. Infatti, come si è precedentemente messo in luce, i Trenta gloriosi sono caratterizzati da un rapporto invero peculiare tra sistema sociale e sottosistema economico, con importanti riflessi sul rapporto tra forma dello Stato e ordine economico. Tuttavia,

62 Manzella (1992) 1489.
63 *Trade off* teorizzato alla fine degli anni Cinquanta da Phillips (1958) 283.
64 V. Luciani (1996) 160.

l'implodere del sistema di Bretton Woods e l'emergere della prima crisi petrolifera, occorsi nella prima metà degli anni Settanta, producono la crisi dell'egemonia fondata sulla sintesi neoclassica del pensiero keynesiano e determinano il riemergere della centralità dell'ordine economico e delle sue esigenze, il quale si esprime innanzitutto nel riorientamento del *mainstream* del pensiero economico e nell'applicazione metodica del modello dell'individuo razionale agli studi di scienza politica.

Dalla prospettiva di analisi che si è scelta in questa sede, questi cambiamenti incidono lungo un arco di tempo ventennale sul rapporto tra Stato e mercato, a deciso vantaggio del secondo di detti termini. In primo luogo, il punto focale della politica economica si trasla dalla bilancia commerciale agli equilibri di finanza pubblica. Questo cambiamento è un chiaro indice di un mutamento più ampio e significativo. In sintesi, oggetto del dibattito di politica economica e principale elemento di valutazione delle relative iniziative smette di essere il sistema economico nel suo complesso, riguardato quindi in prospettiva olistica; al contrario, ci si concentra sulle risorse assorbite dall'operatore pubblico, sul rapporto tra consumi odierni e futuri e sulla responsabilizzazione fiscale della classe politica, secondo una distinzione non più semplicemente analitica ma genuinamente ideologica tra Stato e mercato. Precipitato fondamentale di questa impostazione è l'enfasi posta sulla disciplina fiscale, secondo una visione tesa a sindacare non più la sostenibilità dell'indebitamento – sulla base del rapporto tra *deficit*, crescita del prodotto interno e tasso di inflazione – ma l'equilibrio di finanza pubblica, inteso come necessaria corrispondenza tra entrate e uscite, almeno in un arco di tempo pluriennale.

Speculare al cambio di impostazione in materia di politica finanziaria è il cambio di passo in materia di governo della moneta, sia dal punto di vista sostantivo che da quello più propriamente ordinamentale. Sotto il secondo profilo, paradigmatico è il caso del divorzio del 1981 tra Ministero del Tesoro e Banca d'Italia, con cui si sancisce la fine della prassi per la quale l'Istituto di emissione provvedeva all'acquisto dei titoli di Stato emessi, a un determinato tasso di interesse, dall'organo di Governo e rimasti invenduti nelle aste di collocamento. Si tratta del passaggio finale di un processo di progressivo distanziamento del banchiere centrale dagli organi di indirizzo politico che segna la fine di un epoca, se solo otto anni prima il Governatore della Banca aveva ritenuto sedizioso – e quindi impercorribile – un suo eventuale rifiuto a concedere un finanziamento con base monetaria al disavanzo pub-

blico.[65] Dal punto di vista sostantivo, invece, rilevano per un verso l'affermarsi della stabilità monetaria quale finalità essenziale del governo dell'economia – testimoniata, tra l'altro, dalla rapida desuetudine cui sono andati incontro i meccanismi di riallineamento previsti in sede europea dagli accordi di cambio del 1979[66] – e la progressiva ricerca di credibilità del Banchiere centrale, perseguita attraverso la preferenza per l'uso di formule matematiche – in particolare, la nota *Taylor rule*[67] – nella definizione degli interventi da porre in essere.

Più in generale, il mutato paradigma revoca in dubbio l'utilità delle politiche economiche di carattere discrezionale, sulla base di due assunti fondamentali: in primo luogo, la sfiducia verso la capacità del decisore pubblico, eccessivamente influenzato dalle proprie *constituency*, di enucleare obiettivi e strategie efficaci nel perseguire un ordinato sviluppo;[68] per l'altro, la convinzione che la maggiore crescita possibile possa essere raggiunta solo grazie all'azione dei soggetti privati[69] e al buon funzionamento del mercato concorrenziale,[70] nella duplice veste di allocatore di risorse e giudice dell'operato dei soggetti economici. Di conseguenza, lo Stato deve limitarsi a garantire un buon ambiente competitivo grazie a politiche strutturali e interventi quanto più prevedibili – e cioè non discrezionali, ma retti da regole – nel contesto economico.

Questa declinazione del rapporto Stato-mercato si salda con la crescente interconnessione dei mercati e con la fondamentale autonomizzazione del settore finanziario dagli ordinamenti territoriali, recate dalla globalizzazione. Il risultato è quello di una rilevante inversione del rapporto tra mezzi e fini:[71] laddove la crescita economica sia sostanzialmente affidata alle forze di mercato e si riducano i rapporti di dipendenza di queste dalle comunità politiche, lo sviluppo diviene una variabile che dipende dalla capacità degli

65 « Il rifiuto porrebbe lo Stato nella impossibilità di pagare stipendi ai pubblici dipendenti… e pensioni… Avrebbe l'apparenza di un atto di politica monetaria; nella sostanza sarebbe un atto sedizioso, al quale seguirebbe la paralisi delle istituzioni » (Carli (1973) 563).

66 V. Masera (1987) e Verde (2012).

67 Taylor (1993) 202.

68 Buchanan, Tullock (1962) e Buchanan, Wagner (1977).

69 Sargent, Wallace (1975) 241 e Lucas, Sargent (1978) 49.

70 Coerentemente con quella preferenza per il *cosmos* teorizzata da von Hayek (1973).

71 Che si pone, d'altra parte, come tendenza generale del nostro tempo, secondo Galimberti (1999).

ordinamenti di attrarre sul proprio territorio le attività economiche private e di favorire nel massimo grado quelle già presenti. Parimenti, la spesa sociale torna in quella posizione di subalternità ben espressa dalla tesi per cui i diritti sociali sarebbero finanziariamente condizionati e che si sostanzia nell'ampia revisione delle prestazioni dello Stato sociale che ha caratterizzato i Paesi europei da ben prima dell'emergere della crisi del 2008.

4. La tendenza alla deformalizzazione delle relazioni giuridiche a contenuto economico

L'ultima tendenza di cui è necessario dare conto è quella alla deformalizzazione delle relazioni giuridiche a contenuto economico. Essa ha un rilievo particolare, in quanto non soltanto riassume le precedenti e le porta a un maggior grado di intensità, ma promette altresì di incidere in modo significativo sul ruolo giocato dal diritto all'interno dei processi economici.

In estrema sintesi, con tale locuzione ci si intende riferire a un duplice processo: per un verso, le organizzazioni imprenditoriali di maggiore dimensione si avvalgono in modo sempre più significativo di strumenti e meccanismi volti a *circumnavigare* la garanzia fornita dall'ordinamento al corretto svolgimento dei rapporti a contenuto economico; per l'altro, esse cercano di individuare meccanismi di natura *lato sensu* sociale, onde replicare sul piano dei rapporti di fatto le facoltà che gli ordinamenti giuridici riconoscono in via di diritto, a prezzo però di oneri o obblighi di diversa natura. In altri termini, come è noto, gli ordinamenti giuridici individuano punti di equilibrio tra esigenze e interessi reciprocamente contraddittori e contrastanti. Il processo che sembra emergere nel tempo più recente – e che pone sotto scacco lo Stato come ente politico – è quello di individuare strumenti che consentano ad una delle parti, segnatamente alcuni soggetti economici di maggiore dimensione, di soddisfare le proprie esigenze e di tutelare i propri interessi senza avvalersi della mediazione dell'ordinamento giuridico.

Un primo esempio di questo processo deriva dalla scomposizione dei sistemi di pagamento. Se storicamente la moneta legale era il mezzo ordinario di adempimento alle obbligazioni di carattere pecuniario – e anche laddove ne era usata una diversa, questa trovava nella moneta legale il proprio riferimento essenziale e tendenzialmente immediato –, nel tempo più recente non soltanto si è assistito a una vigorosa crescita di strumenti alternativi, riassumibili sotto l'etichetta di moneta elettronica, ma anche all'ob-

solescenza del principio per cui la moneta legale è da considerarsi immediatamente satisfattiva della pretesa e non può essere rifiutata dal creditore. Si pensi alla miriade di transazioni on line, in cui non è prevista la possibilità di adoperare denaro contante; o ancora, ai servizi erogati da una persona fisica ma sulla base di una transazione effettuata su una piattaforma informatica: qui, nonostante la possibilità pratica di effettuare un pagamento *ordinario*, la prassi in via di consolidamento è quella di saldare l'obbligazione pecuniaria direttamente al gestore della piattaforma, il quale provvederà successivamente a remunerare l'erogatore del servizio.

Questa evoluzione, non solo revoca in dubbio la primazia della moneta legale, ma incide sui rapporti tra erogatore del servizio e consumatore: nel momento in cui alla prenotazione del servizio si associa regolarmente la trasmissione dei dati della carta di credito del beneficiario della prestazione (o del compratore), l'impresa erogatrice avrà la possibilità di soddisfare immediatamente la propria pretesa e, laddove insorgano eventuali contestazioni, l'onere di agire in giudizio per tutelare i propri interessi ricade integralmente sul consumatore. Certo, questa evoluzione non elimina del tutto il ruolo dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, esso viene relegato sullo sfondo di un campo visuale che tende gradualmente ad allungarsi. Al contempo, gli emittenti di moneta elettronica acquisiscono un crescente ruolo di garanzia della corretta esecuzione delle transazioni economiche, tale da rendere problematico, almeno secondo le categorie del diritto costituzionale, il loro carattere di soggetti privati.

All'interno di questa cornice si situa inoltre la nascita di strumenti di pagamento che pretendono di prescindere completamente dall'ordinamento giuridico. Infatti, se la moneta elettronica mantiene comunque un rapporto fondamentale con quella legale, l'evoluzione più recente mostra come quel filo, fondamentalmente metafisico, di cui i sistemi di pagamento sono composti – che consiste in ultima analisi di credibilità dell'emittente e fiducia della platea degli utilizzatori – possa essere utilmente tessuto anche da soggetti privati, privi di legami con la statualità (e di un nome che li renda identificabili), come dimostrato dal crescente successo dei *bitcoin*.

Un secondo esempio particolarmente rilevante del processo di deformalizzazione delle relazioni a contenuto economico è dato dall'affermarsi di soggetti imprenditoriali che organizzano l'erogazione di servizi attraverso piattaforme informatiche tecnologicamente evolute. La mole, impensata sino a solo pochi anni fa, di dati e informazioni che le tecnologie infor-

matiche permettono di raccogliere ed elaborare consente di enucleare meccanismi di coordinamento interindividuale che a loro volta permettono ai gestori delle piattaforme di prescindere dal contributo organizzatorio della sfera giuridica.

Emblematico sembra essere il caso delle società di *ridesharing*, come Uber e Lyft, a partire dalla conduzione dei rapporti di lavoro. Grazie alla funzionalizzazione alle esigenze dell'impresa della valutazione del servizio operata dagli utenti e all'alto numero di aspiranti *driver*, il gestore della piattaforma può fare a meno dei classici poteri datoriali: per un verso la presenza di una molteplicità di guidatori, unita al meccanismo del *surge pricing*, garantisce la pressoché integrale copertura della domanda; per l'altro, le modalità di erogazione del servizio non sono formalmente comandate dall'impresa, la quale si limita a fornire ai suoi *collaboratori* semplici *consigli* su come ottenere valutazioni eccellenti da parte dei *rider*. Infine, laddove queste ultime siano inferiori allo standard previsto dalla compagnia, l'accesso alla piattaforma del guidatore non sufficientemente *abile* viene disattivato.[72] Questo schema complessivo permette alla piattaforma di organizzare il servizio come se disponesse dei poteri datoriali[73] – surrogati in mera via di fatto – senza avere quindi l'onere di corrispondere quelle tutele che l'ordinamento prevede per il dipendente, quale contropartita per il rapporto gerarchico che lega le parti del contratto di lavoro subordinato.

Si tratta, a ben vedere, di un processo ancora allo stadio embrionale. Tuttavia, esso promette di svilupparsi in misura assai significativa negli anni a venire. Qualora ciò dovesse accadere, la conseguenza sarebbe quella di porre in crisi il ruolo stesso che il diritto ha assunto nel corso del Novecento all'interno dei processi economici, vale a dire quello di comporre e riequilibrare, secondo logiche politiche, i conflitti inevitabilmente prodotti dai modi di produzione. Esso tornerebbe invece ad assumere la funzione di garante degli equilibri autonomamente stabiliti, sul piano fattuale, dalle singole soggettività, ciascuna sulla base delle sue proprie e sole forze. Ciò, in un contesto caratterizzato da massima volatilità del fattore capitale, a cui si contrappone la fondamentale staticità del lavoro, promette sviluppi di grande rilievo sul rapporto tra forma dello Stato e ordine economico, in favore di prassi che vedono la prima conformarsi alle esigenze del secondo.

72 Mostacci, Somma (2016) 205 ss.
73 Prassl, Risak (2016) 625 ss.

5. Verso lo stato *neoliberale*

L'analisi che si è condotta nei paragrafi precedenti porta a formulare qualche sintetica osservazione conclusiva. La prima parte, relativa all'evolversi del rapporto tra forma dello Stato e ordine economico, ha evidenziato come le necessità del secondo abbiano orientato in modo determinante la prima, soprattutto al tempo dello Stato liberale ottocentesco. D'altra parte, se il costituzionalismo democratico ha avuto l'ambizione di invertire questo rapporto – e di inquadrare il sottosistema economico entro un disegno politico sociale più comprensivo –, a partire dagli anni Settanta la crisi del paradigma interpretativo su cui poggiava tale ambizione ha progressivamente determinato quella che si è definita una sorta di ritorno all'antico.

Volgendo lo sguardo alle tendenze più recenti, è invece possibile evidenziare alcune forze trainanti l'attuale trasformazione e individuare alcuni caratteri del contemporaneo atteggiarsi del rapporto tra forma dello Stato e ordine economico, i quali spingono a meglio articolare l'impressione per cui sia in atto un semplice ritorno al passato. Infatti, carattere essenziale dello Stato liberale ottocentesco era la sostanziale sovrapposizione tra le finalità politico costituzionali dello Stato, gli interessi del gruppo sociale dominante e le necessità dell'ordine economico, recata dalla stessa struttura fondamentale dell'ente sovrano. In altre parole, la dominanza della sfera politica, saldata al carattere monoclasse dello Stato, produceva la funzionalizzazione di principio dell'agire del potere pubblico alle necessità del sistema economico.

Nella realtà contemporanea dello Stato di democrazia pluralista, lo schema appena delineato non è percorribile. Al contrario, le tendenze che si sono sopra delineate e le forze loro sottese spingono nel senso di una duplice riduzione: quella derivante dalla riconduzione dell'agire dello Stato alla decisione tecnica e quella che si manifesta nel ridimensionamento del perimetro assegnato al potere pubblico.

Quanto alla prima riduzione, essa si esprime in numerosi ambiti: dal progressivo ancoraggio delle decisioni pubbliche, soprattutto in materia di politica economica, a regole, onde limitare al massimo la discrezionalità del decisore politico, all'affidamento di materie politicamente sensibili a soggetti in posizione di marcata autonomia dagli organi di governo. In questa trasformazione ricopre un ruolo privilegiato il progressivo uniformarsi del modello dello Stato di legislazione agli stilemi dello Stato di giurisdizione.

Per quanto significativa, la prima riduzione non avrebbe il senso che oggi è opportuno attribuirle se la seconda non fosse parimenti in opera. Anzi, tra le due è questa quella che sembra essere più significativa.

Essa si esprime in una molteplicità di elementi: da quella che si è definita desertificazione del territorio, alla crescita di rilievo delle sedi regolatorie (e decisorie) transnazionali – con l'affermarsi di quelle prive di legami con gli ordinamenti nazionali –, sino alla tendenza di numerose imprese globali a enucleare meccanismi per tutelare i propri interessi senza dover soggiacere alla mediazione politica dello Stato. L'importanza di questa riduzione sta nella circostanza per cui essa mira a eliminare in radice la mediazione politica dei processi democratici e a operare un'apparente spoliticizzazione[74] – o naturalizzazione[75] – delle regole *lato sensu* giuridiche. Tuttavia, dietro quest'apparenza, la composizione degli interessi che naturalmente confliggono al fondo dei sistemi economici è operata sulla base di meri rapporti di forza – sbilanciati dalla diversa volatilità delle parti in causa, siano esse capitale e lavoro o finanza e industria – ma non smette, in quanto composizione, di avere natura intimamente politica.

In altre parole, se la prima riduzione cela il carattere politico della normazione, la seconda sposta la sede di composizione politica degli interessi in un piano di gioco funzionale al predominio delle forze centrali nell'ordine economico.

In questo quadro, il ruolo dello Stato nei processi economici muta radicalmente rispetto a quello ricoperto nel corso del Novecento: da forza attiva di composizione dei conflitti e di enucleazione delle priorità di sviluppo, a guardiano – non soltanto *notturno* – degli equilibri che le diverse soggettività, nei reciproci rapporti di forza, raggiungono in una dimensione prestatuale e intimamente politica, per quanto non democratica.

Bibliografia

Amato, Giuliano (1972), Introduzione, in: Amato, Giuliano (a cura di), Il governo dell'industria in Italia, Bologna, 13–34

74 Bordieu (2001).
75 Ziegler (2002).

Amato, Giuliano (2006), Forme di Stato e forme di governo, Bologna
Baldassarre, Antonio (1989), Voce Diritti pubblici soggettivi, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 11, Roma
Baldassarre, Antonio (1991), Voce Libertà, I) Problemi generali, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 19, Roma
Ballestrero, Maria Vittoria (2008), Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero, in: Lavoro e diritto, 22, 371–392
Barcellona, Pietro (1973), Diritto privato e processo economico, Napoli
Bourdieu, Pierre (2001), Controfuochi 2: Per un nuovo movimento europeo, Roma
Bracher, Karl Dietrick (1986), Il nazionalsocialismo in Germania: problemi di interpretazione, in: Bracher, Karl Dietrick, Leo Valiani (a cura di), Fascismo e nazionalsocialismo, Bologna, 31–54
Brown, Ray A. (1927), Due Process of Law, Police Power and the Supreme Court, in: Harvard Law Review, 40, 943–968
Buchanan, James McGill, Gordon Tullock (1962), The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor
Buchanan, James McGill, Richard E. Wagner (1977), Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes, New York
Carli, Guido (1973), Considerazioni finali della Banca d'Italia
Cassatella, Antonio (2007), La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: La International Organization of Securities Commissions (Iosco), in: Battini, Stefano (a cura di) (2007), La regolazione globale dei mercati finanziari, Milano, 77–173
Costanzo, Pasquale (2009), La "nuova" Costituzione della Francia, Torino
Crozier, Michel, Samuel Phillips Huntington, Joji Watanuki (1975), The Crisis of Democracy: On the Governability of Democracies, New York
De Bellis, Maurizia (2006), Gli standard globali per i servizi finanziari: concorrenza e reciproco rafforzamento tra diversi modelli di amministrazione globale, in: Cassese, Sabino, Martina Conticelli (a cura di), Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale, Milano, 153–186
Deleuze, Gilles (1962), Nietzsche et la philosophie, Paris, trad. it. Nietzsche e la filosofia (2002), Torino
Fabbri, Fabio (2009), Le origini della guerra civile. L'Italia dalla Grande guerra al fascismo – 1918–1921, Torino
Farese, Giovanni (2015), Istituzioni e cerchie finanziarie tra Italia e Stati Uniti: da Aldrich-Beneduce a Black-Menichella, in: Le Carte e la Storia, 21, 94–101
Favoreuax, Louis (1975), Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in: AA.VV., Mélanges Eisenmann, Paris, 33–48
Ferrari, Giuseppe Franco (2010), Globalizzazione, internazionalizzazione dell'economia. Implicazioni istituzionali, in: AA.VV., Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi – Scritti in onore di Piergaetano Marchetti, Milano, 135–155
Ferrari, Giuseppe Franco (2011), Le libertà. Profili comparatistici, Torino

Ferretti, Roberto (2011), L'Iri durante il fascismo: struttura organizzativa, burocrazia e prassi amministrativa, in: Amministrare, 42, 123–225

Fourastié, Jean (1979), Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975, Paris

Gadamer, Hans-Georg(1960), Wahrheit und Methode, Tübingen, trad. it. Verità e metodo, Milano, 1994

Gaiotti, Eugenio, Alessandro Secchi (2012), Monetary policy and fiscal dominance in Italy from the early 1970s to the adoption of the euro: a review, Banca d'Italia Occasional Papers, 141

Galimberti, Umberto (1999), Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica, Milano

Gerber, Karl Friedrich (1852), Über Öffentliche Rechte, Tübingen

Glinavos, Ioannis (2014), Redefining the Market-State Relationship. Responses to the financial crisis and the future of regulation, London–New York

Hobbes, Thomas (1651), Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil, London

Horkheimer, Max (1939), Die Juden und Europa, in: Zeitschrift für Sozialforschung, trad. it. Gli ebrei in Europa, in: Crisi della ragione e trasformazione dello Stato (2015), Milano, https://doi.org/10.5840/zfs193981/24

Huber, Ernst Rudolf (1953–54), Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen

Iannì, Antonio (2016), L'insolvenza sovrana come fenomeno di mutazione giuridica imposta. Le politiche di condizionalità, in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 18, 735–764

Jacobsson, Kerstin (2004), Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: the Case of EU Employment Policy, in: Journal of European Social Policy, 14, 357–370, https://doi.org/10.1177/0958928704046878

Jellinek, Georg (1905), System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. ed., Tübingen

Laski, Harold Joseph (1920), Political Thought from Locke to Bentham, New York

Locke, John (1690), Two Treatises of Government, London

Lucas, Robert, Thomas Sargent (1978), After Keynesian macroeconomics, in: AA.VV., After the Phillips Curve Persistence of High Inflation and High Unemployment, Boston, 49–72

Luciani, Massimo (1991), Voce Economia (nel diritto costituzionale), in: Digesto – Discipline pubblicistiche, vol. 5, Torino

Luciani, Massimo (1996), L'antisovrano e la crisi delle costituzioni, in: Rivista di diritto costituzionale, 1, 124–188

Luciani, Massimo (2008), La produzione della ricchezza nazionale, in: Costituzionalismo.it, 6

Macpherson, Crawford B. (1962), The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke, Oxford, trad. it. Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke (1973), Milano

Mancini, Giuseppe Federico (1975), Sub art. 4, in: Branca, Giuseppe (a cura di) (1975), Commentario della Costituzione, vol. 1, Bologna–Roma

MANZELLA, ANDREA (1992), Il "vincolo europeo" sul governo dell'economia, in: Studi in memoria di Franco Piga, vol. 2, Milano, 1489–1512
MASERA, RAINER S., SALVATORE ROSSI (1993), La bilancia dei pagamenti. I conti con l'estero dell'Italia, la lira, i problemi dell'Unione monetaria europea, Padova
MATTEI, UGO (2005), Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto, in: Politica del diritto, 36, 85–104
MITCHELL, NEIL J. (1989), The Generous Corporation, New Haven
MOSTACCI, EDMONDO (2013), La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico, in: Politica del diritto, 44, 481–558
MOSTACCI, EDMONDO (2015), Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della Bce nelle dinamiche della separazione, in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 17, 221–246
MOSTACCI, EDMONDO, ALESSANDRO SOMMA (2016), Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law, Milano
NEGRI, TONI (1973), Prefazione all'edizione italiana, in: MACPHERSON, CRAWFORD BROUGH, Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke, Milano, 13–22
NEUMANN, FRANZ L. (1967), Demokratischer und autoritärer Staat: Studien zur politischen Theorie, Frankfurt M., trad. it. Lo stato democratico e lo Stato autoritario (1973), Bologna
NIETZSCHE, FRIEDRICH (1878–79), Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister, Chemnitz, trad. it. Umano, troppo umano. Un libro per spiriti liberi (1979), Milano
PHILLIPS, ALBAN WILLIAM (1958), The Relation Between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861–1957, in: Economica, 25, 283–299
PRASSL, JEREMIAS, MARTIN RISAK (2016), Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms As Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, in: Comparative Labor Law & Policy Journal, 37, 619–652
ROMANO, SERGIO (1979), Giuseppe Volpi: industria e finanza tra Giolitti e Mussolini, Milano
ROSSI, SALVATORE (2007), La politica economica italiana, Roma–Bari
ROTOLO, EMANUELA (2007), La regolazione globale del settore contabile: Iasb e Iaasb, in BATTINI, STEFANO (a cura di) (2007), La regolazione globale dei mercati finanziari, Milano, 241–292
SARGENT, THOMAS J., NEIL WALLACE (1975), Rational Expectation, the Optimal Monetary Instrument and the Optimal Money Supply Rule, in: Journal of Political Economy, 83, 241–254
SOMMA, ALESSANDRO (2006), Comparare ai tempi del fascismo, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 36, 417–434
SOMMA, ALESSANDRO (2008), La cittadinanza nella società del diritto privato, in: Politica del diritto, 39, 507–530
SOMMA, ALESSANDRO (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

STEPHEN, LESLIE (1876), History of English Thought in the Eighteenth Century, London, https://doi.org/10.1037/14125-000, https://doi.org/10.1037/14133-000
TAYLOR, JOHN B. (1993), Discretion versus Policy Rules, in: Practice, Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy, 39, 195–214
TRUBEK, DAVID, LOUISE TRUBEK (2005), Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination, in: European Law Journal, 11, 347–364, https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2005.00263.x
VALIANI, Leo (1986), Il fascismo: controrivoluzione e rivoluzione, in: BRACHER, KARL DIETRICK, LEO VALIANI (a cura di), Fascismo e nazionalsocialismo, Bologna, 11–30
VAUCHEZ, ANTOINE (2015), Brokering Europe. Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9781107326323
VON HAYEK, FRIEDRICH AUGUST (1973), Law, Legislation and Liberty, London
WOOD, DUNCAN (2005), Governing Global Banking: The Basel Committee and the politics of financial globalization, Aldershot
WORLD BANK (2013), Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2013
WORLD BANK (2016), Measuring Regulatory Quality and Efficiency, www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016
ZIEGLER, JEAN (2002), Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent, Paris

Matteo Nicolini

Insidie "coloniali", rappresentazione cartografica e processi di delimitazione delle aree geogiuridiche africane

1. Storia e comparazione: quale contributo alla sistemologia delle tradizioni giuridiche africane?

Storia e comparazione: il binomio « antico » è di applicazione costante negli studi sistemologici. Per un verso, le classificazioni di famiglie e sistemi presuppongono un'intensa *conversation* tra studi storico-giuridici e proposte tassonomiche:[1] vere *diachronic narratives*, che restituiscono al diritto positivo la profondità della dimensione storica. Per altro verso, come già evidenziava Maitland, « History involves comparison and the… lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of the idea of legal history ».[2]

Non minore rilievo ha il binomio quando l'interprete voglia nuovamente riflettere su sistemi collocati « al di là dell'Occidente », come tali non pienamente riconducibili (o solo parzialmente riportabili) alla *Western Legal Tradition.*[3]

Le riflessioni che si propongono sono limitate e parziali. *Limitate*, perché guardano a una rappresentazione del mondo per aree geo-giuridiche. Non s'intende aggiornare il *Theatrum Legale Mundi* di Leibniz: il tentativo, perseguito da numerosi studiosi,[4] ci esporrebbe alla critica di riproporre l'etno-

1 Più complessa la problematica negli studi costituzionalistici: v. Paladin (1997).

2 Maitland (1888), 11 poi discusso da Plucknett (1951). Una ricostruzione del dibattito è ora in Criscuoli, Serio (2016) 51 ss.

3 Amirante (2015).

4 Cfr. Leibniz (1667) § 28. Sul punto v. Siems (2014) 72 ss., Husa (2015) 251. Ulteriori rappresentazioni in Wigmore (1928), Wigmore (1929), de Sousa Santos (1987), Easterly (1977) 213 ss. e Twining (2009) 63 ss.

centrismo sotteso agli studi sistemologici tradizionali.[5] Le riflessioni sono poi *parziali*, perché concernono i sistemi a meridione del deserto del Sahara, cui, su impulso degli europei,[6] si riservano i designati di « (famiglia) di diritto africano »[7] e « Africa sub-sahariana ».[8]

Il comparatista si confronta con la storia su più fronti. Considera le proposte di *Theatrum Legale* già acquisite alla comunità scientifica; tiene conto di un *trend* storiografico che, alternativamente: ricolloca le classificazioni *del passato* nella temperie che ne ha visto l'elaborazione; ne denuncia le invarianti metodologiche (e ideologiche). Sono operazioni che non si sottraggono a obiezioni: la ri-contestualizzazione delle classificazioni restituisce una concezione « museale » della sistemologia e la svuota di attitudine prescrittiva; la ricerca delle invarianti dimentica che ogni tentativo di « ordinare » la realtà giuridica, complessa e cangiante, poggia su criteri di classificazione che riflettono il crittòtipo (egemonico o eurocentrico che sia) del sistemologo e il *legal environment* in cui è venuta *storicamente* a maturare la proposta classificatoria.[9]

Detto altrimenti: le letture retrospettive sottopongono le classificazioni a processi di de-storicizzazione. Queste vengono, per così dire, « schiacciate » sul tempo presente e valutate alla stregua del criterio assunto dall'interprete. Anche detto criterio sarà debitore e del crittòtipo e del *legal environment* del sistemologo; ma sarà di sicuro più pertinente, perché all'etnocentrismo e ai pregiudizi che viziavano la sistemologia tradizionale avrà sostituito *criteri moderni* nei quali l'etnocentrismo, mercé « dell'umana gente/le magnifiche sorti e progressive », potrà fregiarsi di un maggior grado « scientificità ».[10]

Quanto ai sistemi africani, altri « lasciti » storici determinano le tendenze storiografiche indicate. L'eredità del diritto e della geopolitica coloniali assumono l'Europa come centro di irradiazione giuridica: l'etnocentrismo giuridico occidentale ancora dispiega su tali ordinamenti l'immagine di un'area collocata alla « periferia del diritto occidentale ».[11] Non tutte le opere

5 Ad es., Monateri (2013) 25, Poncibò (2014) 204 ss., Somma (2014) 70 ss., Somma (2015). Per l'origine del termine etnocentrismo Scarciglia (2016) xiv.
6 Harrington, Manji (2003) 111 nota 6.
7 Ad es. M'Baye (1976) 138 ss., Allott (1968) 131 ss., Sacco (2006) e Fombad (2013), 48 ss.
8 Ad es. Gambaro, Sacco (2009) 413, Sacco (2012) 313 ss.
9 Ad es. Mattei, Monateri (1997) 54 ss. e Husa (2014), 69.
10 Su progresso e comparazione v. Sacco (2016). I versi sono in Leopardi (1845) 50–51.
11 Somma (2015) 11, ove l'espressione è riferita al diritto latinoamericano.

sistemologiche dedicano sezioni ai sistemi africani o li elevano a famiglia giuridica;[12] altre riservano loro una collocazione residuale.[13]

A denotarne la « perifericità » contribuiscono problemi di metodo, posto che per l'esame dei sistemi africani va assunto un « concetto di diritto » non più solo occidentale.[14] Ciò sospinge detti diritti ai margini delle ricerche comparatistiche; per la carenza di un adeguato strumentario metodologico, lo studio è scoraggiato dal contatto tra diritto europeo e diritti tradizionali, che genera fenomeni di *legal pluralism.*[15]

Notevole è poi l'influenza delle maggiori tradizioni giuridiche occidentali: il *common law* e il *civil law*. Lo stesso concetto di diritto africano poggia su elaborazioni europee: la « similarity of several Third World and Western legal systems is in most cases due to the colonial history of these countries ».[16] Non a caso vi sono tassonomie che collocano gli ordinamenti africani nella famiglia giuridica della vecchia potenza coloniale: le ex-colonie francesi, portoghesi, italiane, spagnole, belghe saranno di *civil law*; quelle inglesi di *common law*; altre sono *mixed jurisdictions* dovute a *colonial transfers*, come i sistemi dell'Africa australe, di Mauritius e Seychelles.[17]

L'influenza si manifesta nella termologia giuridica. Ulteriore lascito coloniale è, ad esempio, la circostanza per cui *common law of the land* è espressione riservata ai sistemi che hanno radice nell'*English common law*, senza curarsi che in Africa australe tutti i formanti la applicano per definire l'ibridazione, ivi realizzatasi, tra diritto della potenza coloniale (il diritto inglese) e il diritto romano-olandese:[18] la « "common-law tradition" (Afrikaans "gemeenregtelke tradisie")… is not to be confused with English common-law tradition ».[19] Nella gerarchia tra i sistemi elaborata dalla geopolitica coloniale europea, infatti, la *common law of the land* dell'Africa australe si è sviluppata all'ombra del diritto della Madrepatria britannica.

12 Esso non si rinviene, ad es., né in Zweigert, H. Kötz (1996), né in Glenn (2014).
13 Oltre agli autori citati *supra*, note 7 e 8 v. David, Jauffret Spinosi (2002), Ajani, Pasa (2013) e Mazza (2016).
14 Pegoraro (2014) 24 e Siems (2014) 36.
15 Rautenbach (2014) 3 ss.
16 Husa (2014) 69.
17 Così Zimmermann, Visser (1996) 7–8 e Siems (2014) 42.
18 Ad es. Nicolini (2016a) 20 nota 13.
19 Van der Walt (2006) 7 nota 11.

Non meno egemonico è il *common law* nel generare mutamenti ordinamentali nel continente africano, in particolare nella disciplina delle relazioni commerciali. Si pensi all'Africa australe, dove la decisione *Seaville v Colley* (1891) 9 S.C. 39 « spiazzò » la *Lex Anastasiana* perché « it interfered with commerce, and was unknown to English law »;[20] o la *querelle* sulla sostituzione della *redelyke oorzaak* (la *iusta causa* romanistica) con la *consideration* nel diritto dei contratti. Vi pose rimedio la *Appellate Division* con la decisione *Conradie v. Rossouw*, 1919 A.D. 279, che compose il contrasto giurisprudenziale e conservò la soluzione originaria perché più aderente alla tradizione romano-olandese.[21]

In ogni caso, l'incidenza del diritto commerciale inglese è decisivo, anche perché il Regno Unito per primo avviò una *commercial colonial policy* mediante l'emanazione della *Navigation Ordinance* 1651 e la creazione di un sistema di *Law Merchant* omogeneo e unitario, imposto alle colonie a tutto beneficio della Madrepatria.[22] Ciò generò un processo di globalizzazione *ante litteram*: nelle colonie « commercial law [was] transformed and replaced by Anglo-American commercial law, because of pressure to conform to the norms of the dominant economy ».[23]

L'adesione al diritto commerciale britannico fu infatti spontanea. La portata globalizzante del lessico[24] e del diritto commerciale inglese – la cui elaborazione, da parte di Lord Mansfield, muove dallo *ius gentium* romanistico – contribuirono a generare una disciplina dei traffici mercantili e finanziari neutri rispetto a identità storiche e valori delle comunità coloniali, eludendo gli ostacoli culturali che, in altri settori del diritto (famiglia e successioni, in particolare) si erano opposti all'anglicizzazione del sostrato giuridico.[25] Tali ostacoli apparivano difficilmente opponibili al potere economico globale (inglese): la liquidità del territorio, l'adesione spontanea al modello dominante e la permeabilità delle norme che ivi regolavano assetti proprietari, traffici e dinamiche commerciali non erano, forse, la più elevata *perfomance* che poteva essere richiesta a un ordinamento al fine di corrispon-

20 Wessels (1908) 390.

21 Lee (1930) 41, Hutchinson, Pretorius (2012) 13 e du Plessis (1999) 110 ss.

22 Egerton (1897) 2 e White, Hussey (1958) 198. Sul processo di sradicamento del common law nel processo di creazione del global commercial law v. Nicolini (2017a).

23 Palmer (2012) 79.

24 Lonati (2012) 7, Mugglestone (2015) 133 e Hancock (2000) 3 ss.

25 Wessels (1908) 391.

dere alle esigenze della *governance* economica mondiale che andava de-localizzandosi? Non a caso, ancora oggi è sul crittòtipo del *common law* che poggia l'ordine giuridico preferito dal capitalismo finanziario che rilascia lo stesso mercato ai rapporti di *forza* tra gli attori della globalizzazione economica.[26]

La proposta di mappatura su base « areale » muta la prospettiva d'indagine. Ciò significa *spostare il punto di osservazione* dall'Europa all'interno delle aree geogiuridiche da delimitare e portare a compimento il « disengagement from the whole colonial syndrome ».[27] Non si tratta di esaminare sistemi « periferici », ma di proporre una dislocazione degli spazi giuridici capace di registrare variazioni spesso notevoli rispetto alle narrazioni coloniali.

Tali aree non saranno « zonizzazioni » meramente descrittive di ambiti territoriali. Al contrario, esse vanno intese in un'accezione giuridicamente rilevante: si delimitano aree geografiche, compatte e omogenee, in grado di elaborare, sotto forma di *legal narratives*, tradizioni giuridiche autonome rispetto a quelle coloniali ed eurocentriche. Si deve pertanto recidere la « parentela » che, metaforicamente, lega i diritti (coloniali) africani alle famiglie giuridiche occidentali: non a caso, lo schema di rappresentazione « parla di famiglie, parentele, genealogie e di *tratti*, come se [ciascun sistema] veramente nascesse e morisse e lasciasse eredi ».[28]

I criteri tradizionali di classificazione, non più sufficienti, vanno integrati con dei nuovi. Ai fini della delimitazione assumerà rilievo il criterio « storico-giuridico » (l'Africa è *recipient* della dominazione coloniale europea). Non minor peso avrà l'interazione fra i formanti – in particolare, fra quello costituzionale (il più rilevante formante « dinamico »[29] per la comparatistica giuspubblicistica) e i formanti-sostrato caratteristici delle aree geogiuridiche da delimitare: il *Cape colonial law*, il diritto tradizionale, il *droit coutumier malgache*.

Lungo la direttrice che collega formante-sostrato e costituzione si situa una delle acquisizioni della ricerca: il contributo che la comparazione giuspubblicistica può offrire allo studio delle famiglie giuridiche, in generale, e alla delimitazione dei sistemi africani, in particolare. L'indagine sulla loro

26 Somma (2014) 87 ss. e Nicolini (2017a).
27 Hulme (1995) 120.
28 Monateri (2013) 9.
29 Pegoraro (2014) 20.

constitutional implication – in primo luogo, quella originata dall'interazione tra sostrato d'area e costituzione –, non intende soppiantare la *dissemination* dell'eredità europea e dei principi del costituzionalismo in queste aree del globo, ma solo rimuovere il pregiudizio di superiorità della tradizione (culturale e giuridica) euro-atlantica, che aveva relegato ai margini delle ricerche gli apporti dei diritti e delle tradizioni locali.

Qui, forse, si dà il contributo più rilevante alla sistemologia del binomio storia del diritto-comparazione giuridica: la elaborazione di un *legal historical discourse* che, nelle aree geogiuridiche africane, sappia coniugare l'eredità europea e il diritto tradizionale emancipando l'una e l'altra dalle insidie coloniali e favorire autonome narrazioni dell'esperienza giuridica del continente africano.

2. Delimitare le aree geogiuridiche africane: problemi di metodo e insidie coloniali

Si tratta ora di individuare, mediante nuovi criteri di mappatura, una nozione giuridicamente rilevante di aree geogiuridiche africane.

La letteratura sistemologica non sembra prestare particolare attenzione alle problematiche di *demarcation* delle aree geo-giuridiche, in generale, e africane, in particolare.[30] Al più, essa si è dedicata a ritagliare, entro il più ampio cerchio del diritto degli Stati africani, un cerchio ulteriore, di *diritto africano*, coincidente con i sistemi a meridione del Sahara.[31]

Altri propone di utilizzare l'espressione per descrivere un'area territoriale nella quale ripartire i vari sistemi. Così, vi è chi suddivide il diritto africano in macro-aree: l'Africa settentrionale o islamica; l'Africa sub-sahariana occidentale; l'Africa sub-sahariana centro-occidentale; l'Africa australe; l'Africa orientale.[32]

Ragionamento analogo riguarda le ripartizioni geogiuridiche interne al continente africano. Ad esempio, l'Africa australe è concepita come l'insieme degli « Anglophone Commonwealth countries of eastern and southern Afri-

30 Con alcune eccezioni: Ajani (1993) 1–22 (area *ex*-socialista), Oliviero (2011) 885 ss., Nicolini (2016a) (Africa australe), Nicolini (2017b) (Africa tropicale).

31 David, Jauffret Spinosi (2012), Sacco (2006) 3 ss. e Orrù (2014) 555 ss.

32 Vimborsati (2011) 316.

ca » (*ESA States*)[33] o come gruppo di ordinamenti con i quali l'Unione europea intrattiene rapporti nell'ambito della politica commerciale comune.[34] Tuttavia, mentre la prima proposta delimita per eccesso l'area – gli *ESA States* sono tutti gli ordinamenti costituzionali dell'Africa sudorientale membri del *Commonwealth of Nations* –, la seconda sovrappone zonizzazioni giuridiche e politiche commerciali.

La delimitazione è ancora più complessa in Africa nera. Mentre le ricerche precedenti suddividevano il continente in due aree geogiuridiche (*Tropical Africa* e Africa australe[35]), ora se ne aggiunge una terza: quella di *droit coutumier malgache*. A sancire l'autonomia del Madagascar rispetto alla *Tropical Africa* – da altri unificati in un'unica famiglia[36] – stanno l'insularità dell'isola, le ascendenze socio-linguistico-culturali asiatiche e la persistenza del formante-sostrato tradizionale, ora *entrenched* nel preambolo della Costituzione del 2010 e oggetto di *restatement* ben prima della colonizzazione francese.[37] Si tratta di un elemento discretivo rispetto al diritto continentale africano e a quello di altri Stati insulari dell'Oceano indiano, dove – come a Mauritius e nelle Seychelles – l'ibridazione tra *civil law* e *common law* a seguito dei *colonial transfers* da Francia e Regno Unito (1810) ha eclissato le tradizioni giuridiche locali.[38]

Conviene, dunque, ragionare di « Afriche ».[39]

Se, in ragione dell'insularità del Madagascar, è facile delimitare l'area geogiuridica *malagasy*, meno agevole è individuare i confini per le aree del continente. Non si possono utilizzare criteri solo geografici o etnici. Certo, le popolazioni sub-sahariane si differenziano da quelle dell'Africa mediterranea per la loro « negro-africanité »;[40] e il criterio linguistico divide i territori sub-sahariani da quelli del Sahel e le lingue niger-kordofaniane e nilo-africane da quelle afroasiatiche.[41] Ma non si tratta di criteri *di per sé* giuridicamente

33 Hatchard, Ndulo, Slinn (2010) 2–4.
34 http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/esa.
35 Rispettivamente Nicolini (2016a) e Nicolini (2017b).
36 David, Jauffret Spinosi (2012).
37 Molet (1967). V. altresì *infra*, § 3.
38 Per le Seychelle v. Twomey (2015) 55 ss.; per Mauritius v. Palmer (2012).
39 Woodman (2010) 10.
40 M'Baye (1976) 139; Woodman (2010) 9.
41 Sacco (2006) 49.

rilevanti. Lo conferma la labilità del criterio geografico. Il Sahara separa l'Africa araba da quella tropicale, ma la linea di demarcazione tra Sahel e Africa sub-sahariana non ha impedito al diritto africano di conservarsi presso i berberi – che abitano aree islamizzate ma non arabizzate del Sahara – o al diritto islamico di penetrare fino in Somalia.[42] Nessuna reale discontinuità geografica separa poi l'Africa tropicale da quella australe. Solo la dominazione coloniale attribuì un significato giuridico al concetto di frontiera, che da geografica divenne strumento di demarcazione amministrativa, prima, e di ripartizione politica tra Stati, poi: sono gli « ostensible "margins" of former… colonies ».[43]

Non rimane che integrare i criteri etnico-geografici con quelli giuridici e apprezzare la prima forma di interazione tra costituzione e formante-sostrato. È l'apposizione di confini il primo lascito della colonizzazione europea che delimita territorialmente i vari formanti-sostrato. L'intersezione tra formanti e forma del potere politico è, infatti, l'unico criterio che dota di prescrittività la « frontiera sahariana »; e che spiega perché il diritto romano-olandese nella variante ricevuta dalla Colonia del Capo sia sostrato in Zimbabwe, ma non in Zambia e Malawi. Posto che il Malawi (già Nyasaland) fu protettorato dal 1891 al 1953, anno in cui venne federato alla Rhodesia del Sud (Zimbabwe) e del Nord (Zambia) nella Federazione di Rhodesia e Nyasaland (sciolta nel 1963), ciò che esclude Malawi e Zambia dall'area geo-giuridica africana australe è la loro estraneità al centro d'irradiazione della *Cape colonial law* assicurata da un confine già tracciato in epoca coloniale.[44]

A nulla vale affermare che, nella delimitazione delle aree geogiuridiche, il « focus on states disregards the role of non-state law ».[45] La formazione di unità territoriali in epoca coloniale (i futuri Stati africani) è dato storicamente ineludibile; all'interno di questi, si sono combinati gruppi di etnie diverse (o, viceversa, i confini hanno spesso reciso l'unità di molti gruppi ora ripartiti fra più Stati);[46] infine, *non-state law* è concetto relazionale, definito *in negativo* rispetto al diritto di fonte politica e statale.

42 Sacco (2006) 112 ss.; Bernardi (1998) 135 ss.
43 Gilmartin, Berg (2007) 120.
44 Nicolini (2015).
45 Siems (2014) 35.
46 Allott (1967) 60; wa Mutua (1994–1995) 1114 e 1119.

Non a caso, la nozione di *non-state law* lascia impregiudicata la natura del diritto tradizionale oggetto di *restatement*:[47] una procedura, questa, contrastante con il pluralismo africano e la realtà sociale e giuridica perché origina un nuovo diritto tradizionale omogeneo e « razionalizzato »,[48] nel quale cessano di ricevere applicazione istituti che, in forza delle *repugnancy clauses* ivi contenute, siano « contrary to justice and humanity ».[49]

3. « Insidie coloniali » e prospettive etnocentriche di mappatura nella rappresentazione cartografica dell'Africa

Il riferimento ai confini statali come lasciti della dominazione coloniale e i processi di *restatement* del diritto tradizionale introducono una problematica ulteriore: l'incidenza della radice ideologica dell'etnocentrismo negli studi sistemologici tradizionali. La radice è evidente nell'analisi dei processi di mutamento del pluralismo giuridico africano indotti dal *restatement*. Non è un caso che la scrittura esalti l'oralità dello stesso pluralismo giuridico africano e accentuandone l'inferiorità rispetto al diritto scritto e razionale europeo.[50]

La sistemologia – che si propone di mettere ordine nella realtà e nel pluralismo – si espone nuovamente alla critica etnocentrica sottesa alla classificazione dei sistemi giuridici.[51] Non diversamente dal periodo coloniale, ancora oggi la rappresentazione dell'Africa – spesso deformata – assume l'Europa come *il* centro d'irradiazione per la rappresentazione delle manifestazioni del fenomeno giuridico.

È la conservazione di una prospettiva, geografica e giuridica, che ben potrebbe definirsi « coloniale » a qualificare le rappresentazioni cartografiche tradizionali.[52] Qui l'aggettivo *coloniale* denota la circostanza per cui « Decolonisation has not dismantled the legal-historical effect of colonisation, which continues to be seen today in all the States that were under the colonial power ».[53] Non solo le proposte classificatorie sono modellate sulla

47 Prinsloo (1987) 411.
48 Woodman (2010) 12.
49 Chanock (2001) 282.
50 Allan (1985) 253 e 257.
51 Cfr. *supra*, § 1.
52 Harrison Church (1948) 18–19; Power, Sidaway (2004) e Mahmud (2010) 64 ss.
53 Husa (2014) 167.

geografica politica disegnata dalle potenze europee e consegnata agli Stati africani affrancatisi dalla colonizzazione; ma tali classificazioni poggiano ancora sulle acquisizioni della geografia coloniale e realizzano una *geopolitica occidentale* degli spazi giuridici.

Lo conferma la classificazione che unifica Africa continentale, australe e Madagascar (come se l'Africa fosse omogenea socialmente e giuridicamente) senza considerare la diversità fra formanti-sostrato dell'area tropicale, australe e malgascia. Ad analoghe conclusioni si perviene considerando le classificazioni degli *ESA States* e quella che poggia sulla proiezione della politica commerciale dell'Unione europea. Nel primo caso, il criterio di delimitazione è rappresentato dal lascito coloniale britannico; nel secondo si proietta sulla mappa che raffigura il continente africano la *governance* dei traffici commerciali globali che fanno capo all'Unione – come tali riferibili al complesso delle vecchie potenze coloniali europee.

Si replicano le coordinate ideologiche già tracciate dalla Conferenza di Berlino (1884–1885): è lo « scramble for Africa »[54] (ora di natura economica) nel quale « el racismo y la idea de misión civilizadora asumirían un papel protagónico en [un] contexto de imposición política »,[55] mediante una « clearly defined hierarchical society in which Europeans commanded and Africans accepted commands ».[56]

Il metodo giuridico applicato agli studi sistemologici conserva un carattere coloniale. Lo prova il ricorso alla rappresentazione cartografica[57] mediante la quale emergono nuovi assetti giuridici (anche dei possedimenti d'Oltremare).

Non è un caso che tale propensione cartografica si sviluppi presso la più importante potenza coloniale, il Regno Unito. Già nell'alto medioevo, l'Inghilterra – cuore della potenza coloniale britannica – fu la prima entità politica a tracciare una propria geografia degli spazi giuridici con il Trattato di Wedmore (878 d.C.), sottoscritto dal Re danese Guthrum e da Alfredo il Grande, Re del Wessex: esso disegna, in forma reciprocamente escludente, la relazione di dominio intessuta con le comunità e i relativi territori dai due sovrani. È il cosiddetto *Danelaw*, che, al contempo, indica la comunità e il

54 Gjersø (2015) 831 ss. Sulla Conferenza di Berlino ad es. de Martens (1886) 244 ss.
55 Rocca Rivarola (2012) 93–94.
56 Ranger (1983), 220–221.
57 Ad es. Langhans-Ratzeburg (1928) e Merk (1926).

territorio soggetti al Re e alla legge danese[58] ma pure il confine che corre da Chester a Londra.[59]

Sempre l'Inghilterra usa la *graphic way* per definire il concetto di nazione: « to circumscribe the nation is to map it ».[60] Ancora, è l'Inghilterra a produrre le prime rappresentazioni cartografiche nazionali (il *Domesday Book*[61] e le quattro mappe contenute nelle *Chronica Majora*, *Historia Anglorum* e *Abbreviatio Chronicorum* dello storico medievale inglese Matthew Parris[62]), sia coloniali. Si pensi alla prima rappresentazione del *colonial rule* inglese dopo la conquista Anglo-Normanna dell'Irlanda (1169–1172). Ciò indusse a mappare e delimitare i nuovi possedimenti: vi accinse Gerald of Wales nella *Topographia Hibernica* e nella *Expugnatio Hibernica* anche al fine di imporre il modello coloniale al sostrato celtico-irlandese.[63]

La rappresentazione cartografica poggia sull'idea occidentale che la complessità giuridica del mondo possa essere semplificata mediante classificazioni dei sistemi (le manifestazioni del diritto) entro più vaste aree la cui consistenza (territoriale, personale e di tradizione giuridica) è ancora tracciata secondo confini immutabili voluti dai centri di potere coloniale ed economico-giuridico – confini pur sempre smentibili ove se ne ravvisi l'opportunità per ragioni, appunto, di geopolitica degli spazi giuridici. Il tutto è tenuto assieme da un principio di diritto internazionale tipicamente europeo: l'*uti possidetis*, a tal punto essenziale da essere confermato, in piena decolonizzazione, dagli Stati africani, dall'Assemblea Generale dell'Onu e dell'Organizzazione dell'Unità Africana (Oua) sin dalla sua fondazione (1963).

I sistemi africani subiscono così la supremazia – giuridica, storica e sociale – dei sistemi occidentali europei, come se il diritto fosse pratica squisitamente euro-atlantica.[64]

Dal punto di vista *europeo* sul diritto, la perificità dei sistemi africani si deve alla contiguità con il diritto tradizionale. È, questa, la ragione della sua irregolare inclusione nella rassegna dei sistemi o delle tradizioni giuridiche

58 Baugh, Cable (2013) 89.
59 Stenton (1992) 14–15.
60 Turville-Petre (1996) 1.
61 Maitland (1987), Darby (1954–1967) e Fleming (2003).
62 Turville-Petre (1996) 1 nota 2.
63 Nicolini (2016b).
64 Così Bussani (2010).

comparate già indicata: vuoi perché impone di adottare una concezione non « giuspositivistica »; vuoi perché il diritto africano tradizionale incontra, nei differenti ordinamenti costituzionali, diritti di diversa provenienza: il diritto-romano olandese, la *common law*, il diritto religioso.

Vi concorre anche il metodo stratigrafico. Il diritto africano si caratterizza per « recezioni di modelli caratterizzate da vistose reazioni di substrato ».[65] A contatto fra loro, i « reagenti » – i diritti tradizionale, religioso, coloniale e dell'indipendenza – originano nuovi « composti », da tenere rigorosamente separati, posto che « la cultura africana deve essere studiata cogliendo ordinatamente gli strati che si sono sovrapposti » – e ciò « è ancora più evidente nel mondo del diritto ».[66]

Tuttavia, la riflessione sulla scomposizione dei substrati pone rilevanti questioni di metodo. Se riguardata dalla prospettiva della comparazione, la ricerca sui singoli strati acquista i tratti della *monodimensionalità*. Non tanto perché si preferisce un metodo *top-down* – interno, cioè, a ciascuno degli strati esaminati –; ma perché, nel discendere da strato a strato, l'intarsio tra i formanti che vi sono sottesi si appiattisce su di un'elegante attività di esegesi, dalla quale emerge una visione museale del diritto tradizionale, che misura la distanza tra le varie impostazioni dottrinali di esso ricostruttive e non quella che le separa dai materiali interpretati.

L'opzione stratigrafica deve confrontarsi sia con il metodo della comparazione giuridica, sia con la circostanza che, nell'ambito dei singoli ordinamenti, si dà un contatto tra lascito coloniale e diritto tradizionale, e ne va valutata la capacità di resistere a incisioni del diritto occidentale.

In definitiva, dietro l'impostazione occidentale, museale e stratigrafica si nasconde la principale insidia dell'etnocentrismo: la (presunta) superiorità gerarchica della *Western legal tradition* determina il punto di vista di osservazione dell'interprete, esterno agli ordinamenti esaminati ma ritenuto valido per il nesso che instaura tra « civiltà » e « diritto ricostruito nei suoi elementi determinanti »[67]– si aggiunga, tra civiltà e *metodo giuridico razionale*.

65 Sacco (2006) 4 e 56.
66 Gambaro, Sacco (2009) 415.
67 Somma (2014) 82.

4. La comparazione nel diritto pubblico e la sistemologia: *colonial policies …*

Nel classificare le famiglie giuridiche, gli studi sistemologici indagano in misura maggiore il formante-sostrato. La ragione è evidente: lì si radica la disciplina prima degli istituti privatistici, cui tradizionalmente guardano con interesse i comparatisti privatisti.

Se ne trae conferma dalle narrazioni delle tre aree geogiuridiche africane. In quella australe la narrazione *iure privatorum* muove dall'approdo degli olandesi al Capo di Buona Speranza (1652); esamina l'estensione del *Rooms-Hollands Regt* agli insediamenti boeri;[68] prosegue con l'occupazione inglese (1795) e il *colonial transfer* (1806), che determinano l'incontro tra sostrato romano-olandese e *common law.*[69] L'influsso del *common law* fu enorme nel diritto privato e processuale nel XIX secolo al Capo e financo nelle Repubbliche Boere del Transvaal e dell'*Orange Free State*, dove le sentenze citavano *auctoritates* e diritto inglesi e si applicava *stare decisis*.[70] È il sistema giuridico misto della Colonia del Capo (*Cape colonial law* o *Cape common law*) dal quale trae origine la famiglia giuridica mista estesa all'Africa australe. In un primo momento, è il sostrato tre Repubbliche boere; successivamente, è confermato dagli inglesi che, con la prima guerra boera, annettono il Natal alla Colonia del Capo (1843–1856) per poi erigerlo ad autonoma *Crown colony.* Ancora, il *Roman-Dutch law* si conferma sostrato vitale a conclusione della seconda guerra boera (1902): la *debellatio* dello Stato Libero dell'Orange e della *Zuid-Afrikaansche Republiek*, la loro ammissione nell'Impero britannico in qualità di colonie poi entrate a far parte dell'*Union of South Africa* nel 1910 non ne comporta il *repeal*. Gli inglesi estendono il diritto romano olandese agli *High Commission Territories* di Basutoland (Lesotho) nel 1884, Bechuanaland (Botswana) nel 1891 e Swaziland (1905); ma anche alla Rhodesia del Sud (Zimbabwe) nel 1891 e alla Namibia (1919).[71]

68 van Leeuwen (1656). Sull'estensione del diritto romano-olandese v. van der Merwe (2012) 93.

69 Lee (1915) 10 e Morice (1903) 1–2.

70 Wessels (1908). Vindex (1901) 158 richiama la decisione della *High Court* di Bloemfontein e Pretoria *Hay v The African Gold Recovery 13 Company*, in: *Cape Law Journal* del novembre 1896.

71 Nicolini (2016a) 62 ss.

In Africa tropicale la narrazione guarda al pluralismo giuridico e sociale africano, alle interazioni fra diritto e sovrannaturale, all'assenza di un linguaggio giuridico verbalizzato, a un diritto differenziato per *status* personali (età, casta e genere), in cui la dimensione comunitaria assorbe quella individuale.[72]

C'è poi la narrazione « malgascia », fondata su di un diritto che la letteratura seguita a qualificare come « consuetudinario », ma che forse appare più corretto designare come tradizionale.[73] Esso venne codificato dal 1828, vale a dire prima della colonizzazione europea. In ciò si espresse la volontà dei sovrani malgasci, che ricorsero a un sistema ortografico tratto dalla linguistica europea e rielaborato secondo un'autonoma tradizione insulare.[74] L'elemento differenziale rispetto alle aree geogiuridiche del continente è la presenza di una stabile organizzazione del potere pubblico: nel 1824 il Madagascar si eleva a Regno indipendente; il processo di unificazione dell'isola, avviato già nel XVI secolo, sarà interrotto dalla dichiarazione del protettorato francese nel 1885 e dalla trasformazione in colonia nel 1896. Con il che la distinzione « continentale » tra società con « centralised forms of authority » e società acefale non pare applicabile alla tradizione malgascia.[75]

Ed è proprio in relazione all'organizzazione del potere che si situa il maggior contributo della comparazione giuspubblicistica alla sistemologia. Un ruolo, quello del diritto pubblico comparato, certo non assente, ma solitamente di « sfondo » nella manualistica e nella riflessione scientifica. O, forse, la presenza del diritto pubblico comparato è semplicemente « data per scontato »: vuoi perché il ruolo del pubblico potere è implicitamente richiamato nello studio della genesi dei sistemi giuridici, vuoi perché esso viene spesso sospinto ai margini delle ricerche anche sull'*enforcement* e sull'applicazione degli istituti di diritto privato sostanziale. Ma non è un caso che, nel fluire diacronico dell'ordinamento, la narrazione degli istituti privatistici sia tradizionalmente modellata proprio dalle *policies* coloniali, uno dei luoghi di più intensa rappresentazione del potere sovrano.

72 M'Baye (1976) e Sacco (2006).
73 Thébault (1951).
74 Molet (1967) 125.
75 Daannaa (1994) 61 ss.

Ciò è di tutta evidenza nelle colonie inglesi. Il « riconoscimento » (più precisamente, la conferma) del diritto previgente – sia esso il sostrato romano-olandese o quello tradizionale – nelle colonie dell'Impero è retto da un principio, tipico del *common law* e affidato al formante giurisprudenziale. Con le motivazioni che Lord Mansfield stese in *Campbell v Hall*, « The laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror »:[76] si tratta di una vera « British constitutional practice ».[77]

Si sono così preservati il diritto tradizionale e la *Law of Holland*, fatti appunto salvi gli interventi del potere pubblico necessari per « far prevalere le norme del diritto inglese disciplinanti il governo del Regno Unito sulla colonia ».[78]

Il ricorso al formante giurisprudenziale nella costruzione dei sistemi giuridici dell'Impero britannico non solo affida al precedente vincolante la possibilità di irrigidire e conservare soluzioni tratte dal formante-sostrato e da imporre ai giudici che dovranno in futuro applicare la medesima *ratio decidendi*. La « dichiarazione » di conservazione del diritto preesistente, proprio perché si tratta di un meccanismo ripetibile in ogni area geo-giuridica dell'Impero, poggia su criteri giuridici, ma questi fanno velo a ragioni politiche, se non addirittura le legittimano.

Le ragioni politiche sono quelle che in termini moderni indicheremmo come meccanismi di *preservazione* del consenso presso le popolazioni entrate a far parte dell'Impero e di *opportunità* nella conservazione della disciplina previgente; vuoi, più pragmaticamente, per ragioni di continuità ordinamentale, vuoi per rafforzare la legittimazione del nuovo potere politico.

In altri termini, è questione di *policy* nella *governance* coloniale. La decisione è dunque politica, quand'anche espressa in forma giuridica. Il fatto è che la *doctrine* altro non è che l'espressione di una *royal will* politicamente qualificata. Lo prova la circostanza – già richiamata – per cui « the laws remain until they are altered by the conqueror »,[79] ma che nulla vieta al potere politico imperiale – nella forma della legge del Parlamento sovrano dell'Impero – di revocarla o modificarla.

76 (1774) 1 Cowp. 204 at 209, 98 ER 1045 at 1047. Ad es. Lee (1915) 8–9 e White, Hussey (1958) 203.

77 Erasmus (1990) 349.

78 Ortino (1994) 378.

79 Pereira (1901) 1.

Non è, infatti, il Parlamento il potere supremo? E non è forse detta supremazia a impedire al *King in Parliament* di trasformarsi in un potere politico arbitrario? Il Parlamento, infatti, è tale perché è un *potere supremo consentito*: « the *Liberty of Man, in Society*, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it ».[80] Il Parlamento è il *garante politico* delle libertà dei sudditi dell'Impero e legittimato, ove se ne diano le circostanze o l'opportunità, a modificare le leggi delle aree geo-giuridiche che vi sono soggette.

5. … e invented traditions

Il contributo della comparazione giuspubblicistica alla sistemologia è evidente nel dialogo tra formante-sostrato e costituzione. In Africa australe si è così proposto di articolare l'indagine lungo due distinte narrazioni: quella « privatistica » che guarda all'irradiazione del *Cape colonial law* alle altre aree australi acquisite dagli Inglesi; la seconda, che esamina l'incidenza dell'identità *Afrikaner* e dell'*apartheid* nella costruzione della famiglia giuridica mista.[81]

Le narrazioni sono intrecciate sin dall'edificazione del sistema. Anche la narrazione dell'*apartheid* offre un contributo « pubblicistico » agli studi sistemologici. Sostrato romanistico e *apartheid* sono ritenuti *intrecciati*. Da un lato, il XIX secolo vede la « rinascita » del *Roman-Dutch law* in corrispondenza della formazione di un nazionalismo *Afrikaner*.[82] Dall'altro, una « misplaced connotation with the policy of apartheid » ha da sempre congiunto diritto privato (romano-olandese) e diritto pubblico in Sudafrica.[83] A conferma del prestigio del *Cape colonial law* nonostante l'*apartheid*, poi, va ricordato che esso è tuttora il sostrato in Botswana, Swaziland e Lesotho che, a differenza di Sudafrica, Namibia e Zimbabwe, non hanno conosciuto o praticato il sistema dell'*apartheid*.

80 Locke (1988) Cap. IV, 22.
81 Nicolini (2016a) 62 ss.
82 Lovell (1956) 308 ss. V. anche du Toit (1970) 534.
83 Sanders (1981) 330.

In Africa tropicale e Madagascar il potere pubblico si manifesta nella forma della consolidazione scritta (*restatement*) del diritto tradizionale. A fronte del pluralismo normativo e istituzionale dell'Africa sub-sahariana, in particolare, il potere pubblico coloniale ha promosso forme di razionalizzazione semplificazione del *customary law.*[84]

Ciò che qui rileva è la finalità di tale *colonial policy*: la semplificazione, razionalizzazione e scrittura di un diritto tradizionale unitario è funzionale alla edificazione e conservazione della geopolitica europea. La realizzazione di tale *policy* si proponeva di sradicare l'esperienza giuridica plurale dell'Africa tropicale: nella concezione coloniale ed egemonica occidentale « variations between different customary laws are believed to be unjustifiable »; e « differences in social organization and tradition are not allowed to stand in the way of this legal unification ».[85] Il lascito innerva a tal punto i sistemi africani, che, in epoca postcoloniale, è divenuto parte della politica di *state-building*: si convertono il pluralismo sociale e tribale in unità politica, le strutture tradizionali in categorie più vicine al lascito occidentale, la società tradizionale pluralistica in una società tradizionale *nazionale*, politicamente e culturalmente omogenea. Non è un caso che, in piena decolonizzazione, le *élites* locali ottennero l'indipendenza per i propri Stati sviluppando « ideologically motivated policies throughout the whole range of governmental institutions ».[86]

Influssi pubblicistici si danno anche a livello di organizzazione istituzionale del potere. Non solo gli Stati europei dotarono le colonie di forme di governo differenziate; non solo si praticarono forme di *direct* o *indirect rule*;[87] ma gli europei estesero alle aree geogiuridiche africane i principi del costituzionalismo liberale – questi, certamente, in grado di conformare il formante-sostrato tipico di ciascuna area.

A ben vedere, le potenze coloniali manifestarono atteggiamenti contrastanti rispetto alla *governance* coloniale; e l'applicazione dei principi del costituzionalismo liberale variava da colonia a colonia. Vi contribuivano ragioni ideologiche: adottare il trittico liberale rivoluzionario (libertà, eguaglianza,

84 M'Baye (1976) 150 ss.
85 Allott (1967) 59.
86 Allott (1967) 55–56.
87 Lugard (1922) 192–213, Whittlesey (1937) 363; Killingray (1986) 416, Mann, Roberts (1991) 20 e Oplot (1992) 91–92.

fraternità) in Africa significava, ad esempio, estenderlo anche alle colonie del Regno Unito, diffidente verso la rivoluzione e i principi che ne erano scaturiti.[88] Ma anche la recezione dei principi rivoluzionari francesi era stata asimmetrica in Europa: in Spagna, la *colonial policy* rifletteva il silenzio serbato dalla Costituzione di Cadice e dalle costituzioni del XIX sul principio di eguaglianza con contestuale conservazione della schiavitù.[89] Il Portogallo distingueva i cittadini metropolitani dai *forros* (nobiltà creola) e dagli schiavi africani.[90] Non mancavano poi forme di interferenza – la politica coloniale inglese contrastava quella spagnola a Fernando Poo (oggi Bioko, in Guinea Equatoriale) a tutela degli interessi economici imperiali nei Caraibi.[91] L'abolizione della schiavitù verso le colonie inglesi (1807) non impedì infatti la tratta di schiavi lungo la direttrice Africa occidentale-Antille, alla quale rispose energicamente la Francia a tutela dei propri interessi e del trittico liberale.[92] Si tratta di esempi di politica di potenza i cui lasciti sono tuttora evidenti nella geografia coloniale ed eurocentrica degli spazi giuridici ed economici: non richiede la politica commerciale comune europea una disciplina (geografica e giuridica) che assicuri provviste finanziarie e mezzi nella dimensione globale? La *colonial policy* è funzionale all'acquisizione delle provviste e « à faciliter aus nations civilisées et commerçantes l'accès de l'intérieur de l'Afrique ».[93]

Quanto all'estensione all'Africa dei principi del costituzionalismo liberale: se si legge la retorica della missione civilizzatrice europea in favore dei popoli africani mediante diffusione di principi universali e superiori[94] alla luce del « trittico coloniale » (politica di potenza, egemonia commerciale, controllo geopolitico), ne viene che detta estensione non è fine della politica coloniale, ma strumento per la sua realizzazione. Non vi è poi estranea la « politica religiosa » degli Stati europei, posto che il cristianesimo « encarna la religió que correspon a a questa civilització *superior* ».[95] Nuovamente, il

88 Burke (1968).
89 Sul costituzionalismo spagnolo ad es. Torres del Moral (2012) 167 ss. e Vera Santos (2012) 798 ss. Per l'assenza di riferimenti all'eguaglianza nella Costituzione di Cadice v. Canosa Usera (2011) 156 e 159.
90 Varela (1997) 291 ss.
91 Lynn (1990) 191 ss.
92 Green (1974) 247–259 e Jennings (1978) 201 ss.
93 de Martens (1886) 249.
94 Creus (1994) 104.
95 Mann, Roberts (1991) 3 e Ndongo Bidyogo (1998) 115.

potere pubblico si affida al patrimonio costituzionale europeo per incidere sul formante-sostrato e sugli istituti privatistici che in esso trovano la propria disciplina. Così, l'estensione del soggetto unico di diritto alle colonie funzionalizza i principi di libertà ed eguaglianza alla politica economia coloniale.

Che senso ha, infatti, emancipare gli schiavi sull'isola di Fernando Poo, se il « Reglamento de trabajo indígena » del 1906 « pretendía facilitar de paso, tanto al gobierno de la colonia como a propietarios y comerciales, la mano de obra necesaria para realizar sus actividades »? Se, cioè, la missione civilizzatrice spagnola solo difendeva « los intereses del indígena, no tanto por su dignidad sino más por su "escasa cultura" »?[96]

Ancora, « None but Frenchmen should go to the colonies of 'Liberty, Equality, and Fraternity'; for there is Little Liberty, less Equality, and no Fraternity in the French colonies for Whites or Blacks ».[97] Il Portogallo, poi, elaborò un sistema giuridico « de consagración y reproducción de desigualdad y derechos, especialmente entre colonos portugueses y la población nativa ».[98] La Spagna – s'è detto – mediante le costituzioni ottocentesche disciplinava l'acquisizione della cittadinanza da parte degli « originarios de África »[99] e i progetti di codice civile (1821, 1836, 8141) ancora prevedevano la schiavitù.[100] In definitiva, solo il Regno Unito « non rivoluzionario » si risolse a dare limitata applicazione ai principi del costituzionalismo nelle colonie.[101] Anche l'estensione della cittadinanza ai sudditi coloniali (colonie francesi: 1946; Congo belga: 1908) conferma la funzionalizzazione del costituzionalismo alla politica coloniale e a una politica assimilazionista che scalza il sostrato giuridico tradizionale e impone « the superior civilization upon the inferior civilization ».[102]

Considerazione merita poi il sistema di governo nelle colonie a *indirect rule*. Il riconoscimento del diritto tradizionale in realtà cela una pericolosa insidia: una visione gerarchica ed etnocentrica delle relazioni tra europei e africani. La cooptazione dei capi tradizionali nel governo delle colonie educa

96 Sant Gisbert (2009) 68–69.
97 Okoth (2006) 328.
98 Rocca Rivarola (2012) 92–93.
99 Terol Becerra (2012) 222.
100 Navarro Azcue (1987).
101 Ad es. Nicolini (2016a) 71 per l'estensione del principio di eguaglianza senza distinzioni di razza, sesso e religione al Capo in forza della *Ordinance 50 of 1828*.
102 Adams Gibbons (1916) 281.

gli africani alla dogmatica del costituzionalismo liberale, trasforma il formante-sostrato e genera delle tradizioni giuridiche africane: « Under these conditions, they utilized existing institutions of local leadership, i.e., kings, emirs, chiefs and obas, and created new ones, i.e., warrant chiefs, wherever such institutions did not exist ».[103] Si situa qui la una continuità tra epoca coloniale e periodo dell'indipendenza: la partecipazione degli africani a una « tradition of [colonial] governance » offre la possibilità di « make use of European neo-tradition » e, dunque, di utilizzare strumenti di politica coloniale per la creazione di autonome tradizioni giuridiche africane in piena decolonizzazione.[104]

Ciò che accomuna tali esperienze è sempre la funzionalizzazione del costituzionalismo europeo da parte delle potenze coloniali, quale che sia la famiglia giuridica di appartenza. Il patrimonio costituzionale è comune a tutte le colonie perché espressivo di (superiori) valori eurocentrici.

Se, dunque, i principi del costituzionalismo liberale non sono fine ma mezzo della politica coloniale, spetterà al comparatista individuare le opzioni ideologiche che ne giustificano l'applicazione nelle colonie. L'indole sovversiva della comparazione come scienza critica rivela come, acquisito il dominio sul territorio e impiantato il trittico coloniale, la *colonial policy* converta la geopolitica in controllo politico-costituzionale. Si dà un « social engineering », mediante la quale le tradizioni costituzionali europee incideranno sul formante-sostrato d'area, inducendo la « social transformation of indigenous African society ».[105] L'amministrazione coloniale europea ricorse, a tal fine, a numerose « invented traditions », che « distorted the past [and] became in themselves realities through which a good deal of colonial encounter was expressed ».[106]

La creazione di tradizioni coloniali africane incise ampiamente sugli istituti privatistici tradizionali. Nella prospettiva europea, l'interazione non è tra costituzionalismo liberale e diritto tradizionale, ma tra costituzionalismo liberale e un diritto africano coerente con una narrazione giuridico-costituzionale coloniale.

103 Ranger (1983) 220–221. Le citazioni sono in Oplot (1992) 91–92.
104 Ranger (1983) 220 e 237.
105 Allott (1967) 55.
106 Ranger (1983) 211 e 212.

6. Mutamento di prospettiva e spostamento del centro d'irradiazione: verso il *disengangement from the colonial syndrome*?

Problemi di metodo e insidie coloniali gravano pertanto i tentativi di offrire una delimitazione giuridicamente rilevante delle tradizioni africane. È peraltro evidente che, fra i compiti del giurista comparatista, v'è quello di accertare quando è tempo di *mutare prospettiva* nella lettura dei fenomeni giuridici.[107]

È evidente, infatti, che i problemi metodologici (la prospettiva di osservazione europea) sono in grado di condizionare gli stessi esiti delle proposte di delimitazione. Non diversamente, l'etnocentrismo incide sulla scientificità del metodo giuridico applicato negli studi sistemologici.

D'altra parte, impostazione coloniale degli studi geografico-giuridici riguardanti l'Africa e concezioni etnocentriche popolano anche gli studi postcoloniali. Per un verso, si continua a legittimare il ricorso a metodi di ricerca – tra tutti, quello cartografico e stratigrafico – che esaminano le differenti aree-geogiuridiche mondiali conservando prospettive d'indagine esterne alle aree geo-giuridiche esaminate. Per altro verso, i geografi di formazione coloniale si sono appropriati degli studi postcoloniali, il che « reinforces forms of colonial epistemologies and colonial hierarchies ».[108] Infine, non è difficile ricadere in insidie coloniali negli stessi studi giuridici, laddove l'esame dei sistemi africani sia condotto con metodi variamente qualificabili come neocoloniali.[109]

È il caso, ad esempio, delle condizionalità apposte dagli *international donors* (Fondo Monetario e Banca Mondiale, fra tutti) ai finanziamenti per la cooperazione e lo sviluppo. Si tratta di condizionalità che chiedono mutamenti ordinamentali ove il formante-sostrato non si riveli compatibile con le concezioni ideologiche e le esigenze di « sviluppo » della globalizzazione giuridica e economica.

Anche la riflessione postcoloniale cela, dunque, numerose insidie sistemologiche. Ciò, tuttavia, non impedisce d'individuare un metodo che sappia soddisfare le finalità alle quali tende la presente ricerca: la delimitazione,

107 Ad es. Amirante (2014) 15–30.
108 Gilmartin, Berg (2007) 120.
109 Così Husa (2014) 42. Un'esame delle insidie (neo)coloniali in Africa è in Nicolini (2017b).

giuridicamente rilevante, delle aree geogiuridiche africane. Così come accade per gli studi geografici, anche le indagini sistemologiche che vogliono emanciparsi dalle insidie etnocentriche devono poggiare su solide fondamenta metodologiche.

Senza revocare in dubbio l'incidenza del tradizione giuridica occidentale in Africa, la prospettiva d'indagine guarda al ruolo che comunità politiche e, più in generale, gli interpreti possono rivestire in sede di costruzione delle aree geogiuridiche africane. È questione di punti di osservazione: la prospettiva è di una « periferia » che guarda alla propria delimitazione geografica. Di rilievo è poi la valutazione della percezione che tali società hanno del diritto di cui sono destinatarie – nell'intento di prevenire (quanto meno, ridurre) sul piano metodologico la deformazione delle mappe e dei concetti della tradizione giuridica indagata. Non è, cioè, una mera questione cartografica – di spostamento del centro d'irradiazione giuridica –; delimitare l'Africa australe pone invero un problema ulteriore, che può qualificarsi di « locating postcolonialism ».[110] Detto altrimenti, si richiede che l'interprete dia risposta al seguente interrogativo: « How does a writer, snugly at home in his own European literary environment, deal with African experience »?[111]

Il mutamento di prospettiva si consegue, sul piano metodologico, utilizzando il concetto di narrazione, concetto che s'è visto applicato dagli europei per l'elaborazione delle *invented traditions* africane. Dette difficoltà sembrano potersi superare ricorrendo a quei meccanismi che qualificano la narrazione come *postcolonial discourse.*

È sul piano metodologico che si manifesta un non indifferente punto di contatto con gli studi comparatistici: se la narrazione postcoloniale tende alla « creation of historical data and fictionality of the historical narrative » incrinando le certezze eurocentriche mediante la « subjectivity of history »,[112] gli studi comparatistici si propongono come « scienza critica » con « finalità conoscitive autonome ».[113] È dunque l'attitudine sovversiva di entrambe le metodologie (postcoloniale e comparatistica) a favorire l'applicabilità del meccanismo di narrazione letteraria agli studi giuridici:[114] « the

110 Gilmartin, Berg (2007) e Sharp (2009).
111 Gray (1977) 2.
112 Petzold (2000) 52.
113 Somma (2014) 45 e Pegoraro, Rinella (2007) 23.
114 Muir Watt (2012) 286.

text is postcolonial in the sense that it engages in the criticism of colonial discourse ».[115]

Si tratta di acquisizioni che sono maturate mutando la prospettiva d'indagine, ora collocata nelle aree geogiuridiche africane delimitate secondo gli indicati criteri geografici, sociali, giuridici e postcoloniali. Nella delimitazione delle aree e nella loro narrazione ciò che rileva è l'autonomia delle tradizioni giuridiche ora espresse dalle comunità africane, non da quelle coloniali europee.[116] Il che pone al riparto dalle insidie metologiche coloniali: sia perché il « centre of gravity » si sovrappone con il centro d'irradiazione giuridica delle tre aree geogiuridiche dell'Africa; sia perché si crea una « narrazione » autonoma da quella eurocentrica.

V'è, poi, una strategia che previene insidie metodologiche eurocentriche: in coerenza con i *post-colonial studies*, la storia va riguardata attraverso gli occhi delle periferie degli imperi coloniali: « postcolonial writing will often try to construct those people objectified in colonial encounters and marginalized by colonial histories as subjects of the stories of their own past ».[117] Con il dare voce a coloro che sono solitamente posti ai margini della storiografia ufficiale, viene così by-passata la tradizione coloniale.

Ancora, la narrazione postcoloniale non soppianta l'eredità europea. Ciò che rileva è la sola rimozione del pre-giudizio di superiorità della tradizione (culturale e giuridica) euro-atlantica, che aveva sospinto ai margini gli apporti dei diritti e delle tradizioni locali.

E, forse, il punto di contatto più rilevante tra metodo comparato e *post-colonial discourse* risiede nella idoneità dell'una e dell'altra narrazione a elaborare nuove, autonome tradizioni per le aree geogiuridiche dell'Africa, tradizioni dotate di solide fondamenta e autorevoli tanto quanto quelle radicate nelle *policies* coloniali europee.

La narrazione, ovviamente, assume come prospettiva d'indagine la comparazione giuridica. Certo, altre prospettive possono assumere rilievo – tra tutte, quella antropologica, imprescindibile quando ci si accosti a tradizioni non eurocentriche[118]–; ma lo « scambio » tra metodo giuridico e antropologico, da un lato, non rende indistinguibili i ruoli dell'africanista e del

115 Petzold (2000) 46.
116 Gray (1977) 17.
117 Petzold (2000) 47.
118 Pegoraro, Rinella (2017) Cap. I, § 6.3.

giurista.[119] Cela, cioè, ulteriori insidie eurocentriche e coloniali, proprio poiché gli antropologi « saw law in Africa as a reflection of law in the early stages of Western civilization. The more or less hidden assumption was that, given the right conditions, African law and society could achieve progress in the manner assumed to be true of the West ».[120] Infine, gli antropologi non esaminano i processi di elaborazione delle autonome narrazioni giuridiche africane; essi, al più, si limitano a rassegnare i tratti differenziali dell'esperienza delle varie Afriche – ma sono tratti che si lasciano apprezzare solo se si assume nuovamente a parametro il diritto occidentale, eurocentrico e coloniale.

7. Oltre le *colonial policies*: l'elaborazione di autonome delle tradizioni giuridico-costituzionali e il *disengagement* delle aree geogiuridiche africane

La proposta di rilettura dell'eredità europea nel contatto con la dimensione africana poggia, dunque, su di un mutamento del centro d'irradiazione (non più solo l'Europa come centro di elaborazione di tradizioni giuridiche) e di prospettiva (da « coloniale » a « non eurocentrica ») che è tale rovesciare le narrazioni tradizionali emancipandole dall'egemonia occidentale.

S'è già fornito un esempio di tale rovesciamento: la tradizione *malagasy* ha saputo originare un'autonoma tradizione linguistica, la quale si è rivelata funzionale alle prime compilazioni di diritto malgascio già in epoca precoloniale, come testimoniano i « codici » di *droit coutumier* scritti in malgascio nel 1868, 1878 e 1881.[121]

Ciò non nega l'influenza di *colonial policies* e costituzionalismo europeo sul processo di creazione di autonome tradizioni giuridico-costituzionali africane (l'aggettivo composto ribadisce il contributo della comparazione nel diritto pubblico alla sistemologia). Queste beneficiano della particolare reattività dei formanti-sostrato d'area rispetto a impulsi e influenze esercitate da altre aree geogiuridiche.[122] Da un lato, siffatte reazioni si danno nel momento del contatto fra formante sostrato e formante costituzionale: lo

119 Prinsloo (1987) 411.
120 Harrington, Manji (2003) 113.
121 Molet (1967) 125. V. *supra*, § 3.
122 Sacco (2006) 2.

conferma la creazione di *constitutional inventend traditions* anche in sede di decolonizzazione; lo ribadiscono le numerose (e articolate) transizioni democratiche che hanno interessato gli Stati africani a far data dagli anni Novanta del secolo scorso. Di tali transizioni rilevano gli strumenti cui si è ricorso per saggiare « genuinità » della volontà popolare in sede d'avvio del momento costituente: si pensi, ad esempio, alle conferenze nazionali in Benin, Gabon, Mali e Togo attivate tra il 1990 e il 1991,[123] ai referendum tenutisi in Malawi tra il 1993 e il 1994, alla *constitutional dispensation* sudafricana e quella della Namibia.[124]

Sono esperienze nelle quali si manifesta un evidente « participatory spirit », [125] che sembra replicare il crittòtipo sotteso alla visione comunitaria e inclusiva della società africana. Infatti, la partecipazione della società ai procedimenti constituenti mira a « take into account the concerns of the widest possible segment of the population, must be transparent in its work, and to make such consultations meaningful, must properly structure its methods of consultation ».[126]

Non è un caso che tali processi partecipativi, qualificati come strumenti di « seeking the people's views »,[127] caratterizzino anche transizioni più recenti: il *participatory spirit* ha caratterizzato – con differenti gradi di democraticità – le transizioni in Kenia e Madagascar (2010), Zimbabwe (2013), Zambia e Costa d'Avorio (2016) e i tentativi di riforma della costituzione in Tanzania (2015).

Saggiare la volizione popolare nelle forme della democrazia diretta, semidiretta o partecipativa sembra aver generato un'autonoma tradizione costituzionale – o, più correttamente, costituente – africana. Da almeno trent'anni si sperimentano forme innovative di *public participation* nel processo di redazione di testi costituzionali; a differenza dell'Africa, poi, in Europa il concetto di costituzioni partecipate si è affacciato solo negli dieci ultimi anni.[128] Sono strumenti che « saggiano », in forma giuridicamente rilevante,

123 Orrù (2014) 580.

124 Nicolini, Trettel (2017).

125 Slinn (1991), Reyntjens (1991), Hatchard, Ndulo, Slinn (2010) 22 e Richard (1989), 363 ss.

126 Hatchard, M. Ndulo, P. Slinn (2010) 34.

127 Hatchard, Ndulo, Slinn (2010) 29.

128 Bagni (2012b), Tushnet (2014), Trettel (2015), Abbiate (2016); Abbiate, Böckenförde, Federico (2018).

la volontà del corpo elettorale, secondo modelli deliberativi analoghi a quelli utilizzati dalla comunità tradizionale.

La stessa Costituzione del Madagascar, approvata a seguito di *referendum* nel 2010 a conclusione di una complessa transizione democratica, costituzionalizza le tradizioni *malagasy*. Il modello è analogo a quello sperimentato dal *nuevo constitucionalismo* andino in Ecuador e Colombia o dal Bhutan.[129] Il preambolo della Costituzione del Madagascar richiama concezioni controegemoniche e visioni comogoniche proprie del popolo malgascio: la credenza in Dio, Supremo Creatore (*Andriamanitra Andriananahary*); le strutture di governo, che valorizzano « la richesse et […] dynamisme de ses valeurs culturelles et spirituelles à travers le "*fanahy maha-olona*" » (principio di esistenza), e che esprimono « son originalité, son authenticité et sa malgachéité […] en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels basés sur le *fanahy malagasy* qui comprend *ny fitiavana*, *ny fihavanana*, *ny fifanajàna*, *ny fitandroana ny aina* ». Assumono giuridico rilievo tradizioni come il *fomba*, parzialmente già richiamate nel preambolo della Costituzione del 1959, come « l'esemble des usages sociaux accepeté dans un groupe, enseignés de la plus petite enfance et que le groupe considère comme sa loi naturelle ». Vi rientra ciò che si deve fare (*fanao*), ciò che è conveniente fare (*mety*) e ciò che è vietato (*tsy fanbao*).[130]

Non manca, infine, il richiamo alle strutture comunitarie di base, i consigli (*Fokonolona*) organizzati in villaggi (*Fokontany*), vere sedi deliberative nelle quali, peraltro, la comunità approva molti atti legati allo *status* delle persone e ai diritti reali. Una notevole dimostrazione di come l'organizzazione del potere (anche tradizionale) sappia incidere su istituti privatistici che hann radice nel formante-sostrato.

Le tradizioni del costituzionalismo africano metabolizzano così istituti di diretta derivazione europea e/o coloniale: la libertà diviene forma di partecipazione ai processi di decisione politico-normativa; la partecipazione, poi, è su di un piano di eguaglianza, senza discriminare in base al sesso, all'età o alle condizioni sociali degli individui. Non si vogliono nascondere le difficoltà che ciò comporta circa la coerenza rispetto al modello occidentale delle forme « africane » di manifestazione del suffragio, i rischi di manipolazione delle *free and fair elections*, né le preoccupazioni che detto modello parteci-

129 Bagni (2012a).
130 Molet (1967) 124.

pativo può generare: è spesso difficile tracciare una linea che sappia distinguere con precisione forme di democrazia inclusiva (africana), da un lato, e democrazia autoritaria o « unanimista », dall'altro.[131] I principi che fondano detta autonoma tradizione constituzionale africana sono poi compendiati nella *Charter on Democracy, Elections and Governance* del 2007 (in vigore dal 2012) ed esprimono la tensione all'autogoverno che, mediante la partecipazione, la società africana intende conseguire. Il che esclude che detta tradizione possa ritenersi come costitutiva di una geopolitica neocoloniale e conferma la bontà dell'impostazione, qui coltivata, che punta ad assumere un punto di osservazione coerente con la prospettiva postcoloniale.[132]

Anzi, guandando alle interazioni tra diritti africani e costituzionalismo, l'autonomia di tali tradizioni giuridico-costituzionali origina un vero e proprio trittico liberale « africano ». Ciò è evidente, ad esempio, in relazione al principio di fraternità e alla sua applicazione in Africa australe. In verità, i filoni di ricerca sono molteplici e le problematiche non riguardano soltanto l'immissione di principi, istituti e tecniche normative europee nella trasformazione del diritto africano. Certo, in ambiti come il matrimonio, il diritto di famiglia e delle persone il contatto ha generato un nuovo diritto tradizionale;[133] ma destano più interesse le reazioni intervenute nel sostrato di diritto romano-olandese a seguito della costituzionalizzazione del diritto africano desumibile, ad esempio, dalla sez. 211 Cost. sudafricana. Ciò non implica una mera riproposizione, pur costituzionalmente orientata, degli istituti tradizionali, ma impone di rileggere istituti del diritto occidentale alla luce dei valori della tradizione africana e di valutare, in particolare, la capacità di quest'ultima e della sua dimensione *communitarian* di incidere sul *Cape common law* in ambiti strettamente privatistici. È evidente che un tono costituzionale s'irradia sugli istituti di diritto privato: il diritto tradizionale è oggi a tal punto *rooted* nella Costituzione che questo ha « infused » la propria *public policy* nello stesso diritto romano-olandese.[134]

Nella formazione di un'autonoma tradizione africana australe, il dato giuridico occidentale incontra il più poderoso degli elementi autoctoni, comune a tutta l'Africa: l'*ubuntu*.[135] Si tratta di un concetto tipicamente

131 Orrù (2014).
132 Sidaway (2000) 591 ss.
133 Mnisi Weeks (2014).
134 Sutherland (2008) 395.
135 Himonga, Bosch (2000) 311 ss. e Himonga, Taylor, Pope (2013).

africano: richiamato dalla Costituzione provvisoria del 1993, non è espressamente enunciato nella Costituzione del 1996. Ciò nonostante, esso è stato definito dal formante giurisprudenziale nell'attività di *infusion* dei valori-principi costituzionali nel sistema giuridico sudafricano.

Nella definizione che ne dà la Corte costituzionale sudafricana[136] si esalta l'elemento solidaristico e *communitarian* insito nel concetto di *ubuntu*. Esso *addolcisce* gli istituti di diritto romano-olandese, rigidamente infomati alle nozioni di « freedom and sanctity of contract … rooted in the political and economic philosophies of laissez-faire liberalism and individualism ».[137] E accantonta « the typical Western conception of society as a collection of atomistic individuals ».[138]

L'*ubuntu* delinea un concetto africano di fraternità, che converte il trittico liberale da strumento a finalità della *postcolonial public policy* nelle aree geogiuridiche africane. Consente, inoltre, di elaborare una nuova tradizione giuridica in cui il *postcolonial discourse* incorpora principi, valori, concetti del diritto tradizionale secondo narrazioni che sono certamente *à l'européene*, ma che promuovono lo sviluppo dell'esperienza giuridica comunitaria africana lungo direttrici autonome rispetto a quelle eurocentriche e coloniali.

Bibliografia

Abbiate, Tania (2016), La partecipazione popolare ai processi costituenti. L'esperienza tunisina, Napoli

Abbiate, Tania, Markus Böckenförde and Veronica Federico (2018), Public Participation in African Constitutionalism, Abington and New York

Adams Gibbons, Herbert (1916), The New Map of Africa (1900–1916). A History of European Colonial Expansion and Colonial Diplomacy, New York

Ajani, Gianmaria (1993), Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale, Trento

Ajani, Gianmaria, Barbara Pasa (2013), Diritto comparato. Casi e materiali, Torino

136 Ad es. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995). Bennett (2011).

137 Hutchinson, Pretorius (2012) 23 e Bhana, Pieterse (2005).

138 Corte costituzionale sudafricana, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*: (CCT 53/03) [2004] ZACC 7; 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (1 October 2004), § 37.

ALLAN, TREVOR R. S. (1985), Rethinking African Customary Law, in: Modern Law Review, 51, 252–258
ALLOTT, ANTHONY N. (1965), Towards the Unification of Laws in Africa, in: International and Comparative Law Quarterly, 14, 368–378
ALLOTT, ANTHONY N. (1967), Law in the New Africa, in: African Affairs, 66, 55–63
ALLOTT, ANTHONY N. (1968), African Law, in: DERRETT, DUNCAN J.M. (a cura di), An Introduction to legal systems, London, 131–156
AMIRANTE, DOMENICO (2014), Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana, Bologna
AMIRANTE, DOMENICO (2015), Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione 'verso Oriente', in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 17, 1–35.
BAUGH, ALBERT C., THOMAS CABLE (2013), A History of the English Language, 6. ed., London
BAGNI, SILVIA (2013a), Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano, Bologna
BAGNI, SILVIA (2013b), Procesos constituyentes participados y forma del estado, in: Revista general de derecho público comparado, 13, 1–24
BENNETT, TOM W. (2011), An African Doctrine of Equity in: South African Public Law, in: Loyola Law Review, 57, 709–726
BHANA, DEEKSHA, MARIUS PIETERSE (2005), Towards a reconciliation of contract law and constitutional Values: Brisley and Afrox revisited, in: The South African Law Journal, 122, 865–895
BERNARDI, BERNARDO (1998), Africa. Tradizione e Modernità, Roma
BURKE, EDMUND (1968), Reflections on the Revolution in France, London
BUSSANI, MAURO (2010), Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali, Torino
CANOSA USERA, RAÚL (2011), Derechos y Libertades en la Constitución de 1812, in: Revista de Derecho Político, 82, 147–192
CHANOCK, MARTIN (2001), The Making of a Legal Culture, 1902–1936: Fear, Favour and Prejudice, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9780511495403
CREUS, JACINT (1994), Guinea Equatorial, 1883–1911: la invenció d'una identitat, in: Recerques: història, economia, cultura, 30, 103–119
CRISCUOLI, GIOVANNI, MARIO SERIO (2016), Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti, Milano
DAANNAA, Henry Seidu (1994), The Acepahlous Society and the Indirect Rule System in Africa. British Colonial Administrative Policy in Retrospect, in: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 34, 61–85
DARBY, HENRY CLIFFORD (1954–1967), The Domesday Geography of England, vol. 5, Cambridge
DAVID, RENÉ, CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI (2002), Le grands systèmes de droit contemporains, 11. ed., Paris

De Martens, Frederic (1886), La conférence du Congo à Berlin et la politique coloniale des États modernes, in: Revue de Droit International et de législation comparée, 18, 244–280
De Sousa Santos, Boaventura (1987), Law: A Map of Misreading – Toward a Postmodern Conception of Law, in: Journal of Law and Society, 14, 279–302, https://doi.org/10.2307/1410186
Du Plessis, Jacques (1999), Some Thoughts on Consideration, in: Stellenbosch Law Review, 10, 110–116
Du Toit, Brian M. (1970), Afrikaners, Nationalists, and Apartheid, in: The Journal of Modern African Studies, 8, 531–551
Easterly III, Ernest S. (1977), Global Patterns of Legal Systems: Notes toward a New Geojurisprudence, in: Geographical Review, 67, 209–220
Egerton, Hugh Edward (1897), A Short History of British Colonial Policy, London
Erasmus, Hendrik Johannes (1990), The Interaction of substantive and procedural law: The Southern African Experience in Historical and Comparative Perspective, in: Stellenbosch Law Review 1, 348–371
Fleming, Robin (2003), Domesday Book and the Law, Cambridge
Fombad, Charles Manga (2013), The Botswana Legal System, Durban
Gambaro, Antonio, Rodolfo Sacco (2009), Sistemi giuridici comparati, Torino, 2009
Gilmartin, Mary, Lawrence D. Berg (2007), Locating postcolonialism, in: Area, 39, 120–124
Gjersø, Jonas Fossli, (2015), The Scramble for East Africa: British Motives Reconsidered, 1884–95, in: The Journal of Imperial and Commonwealth History, 43, 831–860
Glenn, Patrick (2014), Legal Traditions of the World, 5. ed., Oxford
Gray, Stephen (1977), The Myth of Adamastor in South African Literature, in: Theoria: A Journal of Social and Political Theory, 48, 1–23
Green, William A. (1974), The West Indies and British West African Policy in the Nineteenth Century – A Corrective, in: The Journal of African History, 15, 247–259
Hancock, David (2000), "A World of Business to Do": William Freeman and the Foundations of England's Commercial Empire, 1645–1707, in: The William and Mary Quarterly, 57, 1645–1707, https://doi.org/10.2307/2674357
Harrington, John A., Ambreena Manji (2003), The Emergence of African Law as an Academic Discipline in Britain, in: African Affairs, 102, 109–134
Harrison, Church J. (1948), The Case for Colonial Geography, in: Transactions and Papers (Institute of British Geographers), 14, 17–25
Hatchard John, Muna Ndulo, Peter Slinn (2010), Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective, Cambridge
Himonga, Chuma, Craig Bosch (2000), The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved of Just Beginning?, in: South African Law Journal, 117, 306–341

Himonga, Chuma, Max Taylor, Anne Pope (2013), Reflections on judicial views of ubuntu, in: Potchefstroom Electronic Law Journal, 16, 369–427
Hulme, Peter (1995), Including America, in: A Review of International English Literature, 26, 117–123
Husa, Jaakko (2015), A New Introduction to Comparative Law, Oxford and Portland (OR)
Hutchinson, Dale, Chris Pretorius (2012), (a cura di) The Law of Contract in South Africa, Cape Town
Jennings, Lawrence C. (1978), French Reaction to the 'Disguised British Slave Trade': France and British African Emigration Projects, 1840–1864 (Les réactions françaises à la 'traite déguisée' britannique: la France et les projets anglais d'émigration africaine, 1840–1844), in: Cahiers d'Études Africaines, 18, 201–213
Killingray, David (1986), The Maintenance of Law and Order in British Colonial Africa, in: African Affairs, 85, 411–437, https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.afraf.a097799
Langhans-Ratzeburg, Manfred (1928), Begriff und Aufgaben der geographischen Rechtswissenschaft (Geojurisprudenz), Berlin-Grunewald
Lee, Robert Warden (1915), An Introduction to Roman-Dutch Law, Oxford
Lee, Robert Warden (1930), What Has Become of Roman-Dutch Law?, in: Journal of Comparative Legislation and International Law, 12, 33–43
Leibniz, Gottfried (1667), Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae, Francofurti
Leopardi, Giacomo (1845), La ginestra, o il fiore del deserto, in: Opere, Firenze
Locke, John (1988), The Second Treatise on Government, in: Two Treatises on Government, edited by P. Laslett, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9780511810268.006
Lonati, Elisabetta (2012), "Riches; Money, or Precious Goods": The Lexis of Wealth in Modern English, in: Facchinetti, Roberta (a cura di), English Dictionaries as Cultural Mines, Newcastle upon Tyne, 7–34
Lovell, Colin Rhys (1956), Afrikaner Nationalism and Apartheid, in: The American Historical Review, 61, 308–330
Lugard, Frederick John Dealtry (1922), The Dual Mandate in British Tropical Africa, Edinburgh
Lynn, Martin (1990), Britain's West African policy and the island of Fernando Poo, 1821–43, in: The Journal of Imperial and Commonwealth History, 18, 191–207, https://doi.org/10.1080/03086539008582815
Mahmud, Tayyab (2010), Law of Geography and the Geography of Law: A Post-Colonial Mapping, in: Washington University Jurisprudence Review, 3, 64–106
Maitland, Frederic William (1888), Why the History of English Law is Not Written: An Inaugural Lecture delivered in the Art School at Cambridge on 13th October 1888, Cambridge

Maitland, Frederic William (1987), Domesday Book and Beyond: Three Essays in the Early History of England, Cambridge

Mann, Kristin, Richard Roberts (1991), Law in Colonial Africa, Portsmouth (NH)-London, 1991

Mattei, Ugo, Pier Giuseppe Monateri (1997), Introduzione breve al diritto comparato, Padova

Mazza, Mauro (2016), Paesi Africani, in: Negri, Alba (a cura di), Sistemi giuridici del mondo, 2. ed., Torino, 283–321

M'Baye, Kéba (1976), The African Family of Legal Systems, in: International Encyclopedia of Comparative Law, II, 1, Tübingen, 138–151

Merk, Walther (1926), Wege und Ziele der Geschichtlichen Rechtsgeographie, Berlin

Mnisi Weeks, Sindiso (2014), Historical Overview of Customary Law, in: Himonga, Chuma, Thandabantu Nhlapo (a cura di), African Customary Law in South Africa. Post-Apartheid and Living Law Perspectives, Cape Town, 3–29

Molet, Louis (1967), Source et Tendances du Droit Moderne à Madagascar, in: Canadian Journal of African Studies/Revue Canadienne des Études Africaines, 1, 123–128, https://doi.org/10.2307/483526

Monateri, Pier Giuseppe (2013), Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici, Roma, Bari

Morice, George Thomas (1903), English and Roman-Dutch Law, Being a Statement of the Differences Between the Law of England and Roman-Dutch Law as Prevailing in South Africa and Some of the Other British Colonies, Grahamstown, Cape Colony

Mugglestone, Lynda (2015), Samuel Johnson and the Journey into Words, Oxford, 2015, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679904.001.0001

Muir Watt, Horatia (2012), Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide, in: Monateri, Pier Giuseppe (a cura di), Methods of Comparative Law, Cheltenham-Northampton, 270–288

Navarro Azcue, Concepcion (1987), La abolición de la esclavitud negra en la legislación española (1870–1886), Madrid

Ndongo Bidyogo, Donato S. (1998), España en Guinea. La construcción del desencuentro, Madrid

Nicolini, Matteo (2015), « When Southern African Courts Join Judicial Conversation »: considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale, in: AA. VV., Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico, Napoli, 81–133

Nicolini, Matteo (2016a), L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe, Bologna

Nicolini, Matteo (2016b), Narrators of Fables or Framers of the Constitution? The Acallam na Senórach Beyond Time, Place, and Law, in: Carpi Daniele,

Marett Leiboff (a cura di), Fables of the Law. Fairy Tales in a Legal Context, Berlin, 137–168

Nicolini, Matteo (2017a), « Benefitting the Commerce of the Mother Country »: paradigmi 'coloniali', law merchant e globalizzazione politica, in: Annuario di diritto comparato e di studi legislative, 439–473

Nicolini, Matteo (2017b), Política colonial y creación de una tradición jurídico-constitucional: el tríptico liberal en áfrica subsahariana, in: Revista General de Derecho Público Comparado, 20, 1–43

Okoth, Assa (2006), A History of Africa: African societies and the establishment of colonial rule, 1800–1915, Nairobi, Kampala, Dar es Salaam

Oliviero, Maurizio (2011), Forme di Stato e forme di governo nei Paesi islamici: profili di metodo e tendenze costituzionali, in: Papa, Massimo, Gian Maria Piccinelli, Deborah Scolart (a cura di), Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro, 2, Napoli, 883–892

Oplot, Ejakait J. S. E. (1992), The Resilience of the British Colonial Police Legacies in East Africa, Southern Africa, and West Africa, in: Police Studies: The International Review of Police Development, 15, 90–99

Orrù, Romano (2014), I Paesi dell'Africa subsahariana, in Carrozza, Paolo, Alfonso Di Giovine, Giuseppe Franco Ferrari (a cura di), Diritto costituzionale comparato, I, Roma, Bari, 555–573

Ortino, Sergio (1994), Diritto costituzionale comparato, Bologna

Paladin, Livio (1997), La questione del metodo nella storia costituzionale, in: Quaderni fiorentini, 26, 243–264

Palmer, Vernon Valentine (2012), A Descriptive and Comparative Overview, in: Palmer, Vernon Valentine (a cura di), Mixed Jurisdictions. The Third Legal Family, 2. ed., Cambridge, 19–92, https://doi.org/10.1017/CBO9781139028424.005

Pegoraro, Lucio (2014), Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo, Bologna

Pegoraro, Lucio, Angelo Rinella (2007), Diritto pubblico comparato. Profili metodologici, Padova

Pegoraro, Lucio, Angelo Rinella (2017), Sistemi costituzionali comparati, Torino

Pereira, James Cecile Walter (1901), Institutes of the laws of Ceylon, founded on, and following the arrangement of, the late Mr. Justice Thomson's work bearing the same title, I, Colombo

Petzold, Jochen (2000), André Brink's Magical History Tour: Postmodern and Postcolonial Influences in 'The First Life of Adamastor', in: English in Africa, 27, 45–58

Plucknett, Theodore Frank Thomas (1951), Maitland's View of Law and History, in: Law Quarterly Review, 67, 1951, 179–194

Poncibò, Cristina (2014), Diritto comparato e geografia: una prima esplorazione, in: Rivista critica del diritto privato, 32, 187–218

Power, Marcus, James D. Sidaway (2004), The Degeneration of Tropical Geography, in: Annals of the Association of American Geographers, 94, 585–601

Prinsloo, Mark W. (1987), Restatement of Indigenous Law, in: The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 20, 411–420

Ranger, Terence (1983), The Invention of Tradition in Colonial Africa, in Hobsbawm Eric, Terence Ranger (a cura di), The Invention of Tradition, Cambridge, 211–262

Rautenbach, Christa (2014), The Phenomenon of Legal Puralism, in: Rautenbach, Christa, Jan Christoffel Bekker (a cura di), Introduction to Legal Pluralism in South Africa, 4. ed., Durban, 3–16

Reyntjens, Filip (1991), The Winds of Change. Political and Constitutional Evolution in Francophone Africa, 1990–1991, in: Journal of African Law, 35, 44–55

Richard, Joseph (1989), Democratization in Africa after 1989: Comparative and Theoretical Perspectives, in: Comparative Politics, 29, 363–382

Rocca Rivarola, Manuel (2012), ¿Quiénes son "los otros"? La cuestión étnica en la lucha por la liberación de Mozambique, in: Estudios de Asia y Africa, 47, 89–118

Scarciglia, Roberto (2016), Metodi e comparazione giuridica, Padova

Sacco, Rodolfo (2006), Il diritto africano, con la collaborazione di Guadagni, Marco, Roberta Aluffi Beck-Pecoz, Luca Castellani, Torino

Sacco, Rodolfo (2012), The sub-Saharan legal tradition, in: Bussani, Mauro, Ugo Mattei (a cura di), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge, 313–343

Sacco, Rodolfo (2016), Il diritto nel futuro, in: Bagni Silvia, Matteo Nicolini, Elisabetta Palici di Suni, Lucio Pegoraro, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Mario Serio (a cura di), Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze, vol. 1, Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi, Torino, 79–83

Sant Gisbert, Jordi (2009), El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900–1936), in: Afro-Hispanic Review, 28, 57–80

Sanders, Anthony J.G.M. (1981), The characteristic features of Southern African law, in: The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 14, 328–335

Sharp, Joanne P. (2009), Geographies of postcolonialism, London

Sidaway, James D. (2000), Postcolonial Geographies: an Exploratory Essay, in: Progress in Human Geography, 24, 591–612

Siems, Mathias (2014), Comparative Law, Cambridge

Slinn, Peter (1991), A Fresh Start for Africa? New African Constitutional Perspectives for the 1990s, in: Journal of African Law 35, 1–7

Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma, Bari

Somma, Alessandro (2015), Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine, in: Polotto, Maria Rosario, Thortsen Keiser, Thomas Duve (a cura di), Derecho Privado y Modernización. América latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt M., 11–46

Stenton, Frank Merry (1942), Presidential Address: The Historical Bearing of Place-Name Studies. The Danish Settlement of Eastern England, in: Transactions of the Royal Historical Society, 24, 1–24

Sutherland, Philip J. (2008), Ensuring Contractual Fairness in Consumer Contracts After Barkhuizen v Napier 2007 5 SA 323 (CC) – Part I, in: Stellenbosch Law Review, 19, 390–414

Terol Becerra, Manuel José (2012), Españoles y ciudadanos ante la ley en la Constitución de 1812, in: Revista de Derecho Político, 82, 193–238

Thébault, Eugène Pierre (1951), Traité de Droit Civil Malgache. Les Lois et Coutumes Hovas, Tananarive – Paris

Torres del Moral, Antonio (2012), El inicio del constitucionalismo español, in: Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, 26, 163–190

Trettel, Martina (2015), The politics of deliberative democracy: A comparative survey of the "law in action" of citizen participation, in: Revista de derecho politico, 94, 85–114

Turville-Petre, Thorlac (1996), England the Nation. Language, Literature, and National Identity 1290–1340, Oxford, 1996, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198122791.001.0001

Tushnet, Mark (2014), Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law, Cheltenham-Northampton

Twining, William (2009), General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective, Cambridge

Twomey, Mathilda Rachel (2015), The Parts That Make a Whole? The Mixity of the Laws of Seychelle, in: Palmer, Vernon Valentine, Mohamed Y. Mattar, Anna Kopper (a cura di), Mixed Legal Systems, East and West, Farnham–Burlington (VT), 55–73

van der Merwe, Cornelius (2012), The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and Their Importance in Globalisation, in: Fundamina, 18, 91–114

van der Walt, André J., (2006), Legal History, Legal Culture and Transformation in a Constitutional Democracy, in: Fundamina, 12, 1–47

van Leeuwen, Simon (1956), Paratitla iuris novissimi, dat is een Kort Begrip van het Rooms-Hollands Regt, Leiden

Varela, Hila (1997), Entre sueños efímeros y despertares: la historia colonial de São Tomé y Príncipe (1485–1975), in: Estudios de Asia y África, 32, 289–321

Vera Santos, José Manuel (2012), 'Que veinte años no es nada …' o de las evidentes semejanzas existentes entre la Constitución francesa de 1791 y la Constitución española de 1812, in: AA.VV. Constitución y democracia: Ayer y Ahoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral, vol. 1, Madrid, 791–816

Vimborsati, Anna Chiara, (2011), La giustizia costituzionale in Africa, in Mezzetti, Luca (a cura di), Sistemi e modelli di giustizia costituzionale, vol. 2, Padova, 309–321

Vindex (1901), The suggested repeal of Roman-Dutch Law in South Africa, in: South African Law Journal, 18, 153–162

wa Mutua, Makau (1994–1995), Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry, in: Michigan Journal of International Law, 16, 1113–1176

Wessels, Johannes Wilhelmus (1908), History of the Roman-Dutch Law, Grahamstown, Cape Colony

White, Leslie William, William Douglas Hussey (1958), Government in Great Britain, The Empire, and the Commonwealth, Cambridge

Whittlesey, Derwent (1937), British and French Colonial Technique in West Africa, in: Foreign Affairs, 15, 362–373

Wigmore, John Henry (1928), A Panorama of the World's Legal Systems, Saint Paul

Wigmore, John Henry (1929), A Map of the World's Law, in: Geographical Review, 19, 114–120

Woodman, Gordon (2009), A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, in Fenrich, Jeanmarie, Paolo Galizzi, Tracy E. Higgins (a cura di), The Future of African Customary Law, Cambridge, 9 ss.

Zimmermann, Reinhard, Daniel Visser (1996), Introduction. South African Law as a Mixed Legal System, in: Zimmermann, Reinhard, Daniel Visser (a cura di), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, Oxford, 1–30

Zweigert, Konrad, Hein Kötz (1996), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. ed., Tübingen

Luigi Nuzzo

Rethinking eurocentrism

European legal legacy and Western colonialism

«When one says Eurocentrism, every self-respecting postmodern leftist intellectual has as a violent reaction as Joseph Goebbels had to culture – to reach for a gun, hurling accusations of protofascist Eurocentrist cultural imperialism. However, is it possible to imagine a leftist appropriation of the European political legacy?»[1] With these words Slavoj Žižek started his a *Leftist plea for Eurocentrism* published in the far 1998 in the *Critical Inquiry*. The article is very well known and produced, as it often happed for the works of the Slovenian philosopher, a huge and bitter debatte that overcoming the borders of the philosophical and literature journals, landed on the newspapers' pages. Singaporean diplomats as Kishore Mahbubani, Spanish Philosophers as Santiago Zabala, postcolonial leading scholars as Walter Mignolo or Hamid Dabashi joned it.[2]

Dabashi himself has recently published a book provocatively entitled *Can non Europeans Think*? where notwhithstanding the title the question is not wheater the Non Europeans can think but whether the European can read. His answer is extremely clear. Europeans cannot read because «they are assimilating what they read back into that snare and into what they already know – and are thus incapable of projecting it forward into something they may not know and yet might be able to learn».[3]

I do not want to reconstruct this debatte nor discuss the different positions of Žižek, Mahbubani, Dabashi or Mignolo. The purpose of my paper is certainly more modest as well as is more modest its thematic dimension, the legal one, but certainly the processes of de-westernization, deconolization and re-westernization involves by now every aspects of our intellectual as well as material life and obviously the legal aspects are not excluded.

1 Žižek (1998), 988.
2 Mahbubani (2009); Zabala (2012); Dabashi (2013); Mignolo (2013).
3 Dabashi (2015), 6 https://www.zedbooks.net/blog/posts/fuck-you-zizek/.

Thus taking seriously the question posed by Žižek and trying to convert it into legal terms my question could be how it is possible to apropriate the European legal legacy for writing a decolonialized history of international law? Is this task possible also for a European legal historian? Or is he, as Dabashi seems to suggest, stucked in his past with his dead white heroes?

In order to find an answer, we have critically to rethink the attitude of international lawyers (with very few exceptions) to identify the international law as a scientific and systematic discipline, in order to reconnect the international law and the colonial discourse, revealing the ambiguous relationships between two different stories that seemed for too long time to be different and doomed to run in parallel without ever meeting.[4]

Paradoxically, in my opinion, the author who can better help us to get to this aim is one of the most eurocentric jurists of the XXth century (and in this case eurocentric can only be considered as a compliment): Carl Schmitt.

Within an intellectual itinerary that tried to overcome the decisionism of the twenties with an increased attention to the concrete dimension of the legal order and its gradual marginalization during Nazism, Schmitt, from the end of the thirties, made international law the main focus of his research.[5]

How to overcome the dualism still prevailing in the German legal science between *Volksrecht* and *Landesrecht* without resorting to Kelsen's monism? And how to contain the political consequences of the abstract universalism and formal egalitarianism among states presupposed by that theory and which, according to Schmitt, had been employed to assert the complete Anglo-American supremacy?[6]

To these questions Schmitt was trying to give an answer that could be functional to the political needs of Nazi Germany. Very schematically, we can

4 On the relationship between international law as scientific discipline and colonialism s. Nuzzo (2012). S. always Anghie (2005); Koskenniemi (2001); more recently trying to overcome an eurocentric perspectives Becker Lorca (2014).

5 The first essays devoted to international law, were pubblished already at the mid of the twenties, s. especially Schmitt (1925) and (1926). The interest of Schmitt toward international law increased during the 1930s, s. the articles edited by Manschke (Hg.) (1995).

6 Galli (1996), 864–889. On the Schmitt's approach to international law Carty (1995); Carty (2001); Koskenniemi (2004); Carloni (2008). Recently Howse (2016), 212–231, but focused exclusively on the interpretation of Schmitt offered by Koskenniemi, Kahn, Posner, Vermeulen and Butha.

say that his research was oriented towards two directions closely related with each other: the first aimed at overcoming the state perspective by identifying a new legal entity, the Reich, and a new spatial dimension, the Grossraum, and the second devoted to the identification of a *Nomos*, a legal foundational principle, that could not be simply identified with a law, through which establishing a relationship between *Ordnung* and *Ortnung*, i. e. a real connection between the legal system and its space of validity.[7]

In 1950 these lines of research converged in an important book *Der Nomos der Erde*, finally in the spotlights of lawyers and legal historians thanks also a quite recent english translation.[8] However, they already appeared in two lectures given by Schmitt in 1943. The first one was held at the Instituto de Estudios politicos of Madrid and dedicated to the *Cambio de estructura del derecho internacional.* [9] A planetary war was under way and its meaning as its goal were very clear to Schmitt. It was at stake the *Nomos* of the earth that is the fundamental principle of the distribution of the earth's space. Europe, caught between the Anglo-American capitalist imperialism and the Bolsheviks, had to respond to the global challenge that was launched not with sterile regionalist or localist reactions but it had to think itself as different global space. Spain was the starting point. Everything began in Spain and in Spain everything could have a new beginning. The Spanish conquest of a New World and the doctrine of Francisco de Vitoria had brought the scientific and cultural foundation of a new law of nations, producing the first change of the international law structure.

Few years later, after the end of the second World War the nationalistic and ultra-conservative Spain seemed to Schmitt the last bulwark. In a conference with the title *La unidad del mundo*, held again in Madrid in 1951, Schmitt expressed his desire for the coming of a «tercera fuerza», India, Europe, the British Commonwealth, the Hispanic World, the Arabian System or one more force that was not yet defined. It could break the «worrying dualism» – between East and West, communism/capitalism, enabling the opening of new macro-spatial perspectives and with them making the singling out of a principle for their balance possible.[10] This could lead to a (re)

7 Schmöckel (1994), 124 ff.; Galli (1996), 864–877.
8 Schmitt (1950). The book was translated in English by Gl. Ulmen only in 2003.
9 Schmitt (1943).
10 Schmitt (1950–1951).

unifcation of the world and finally to the definition of a new international law. Nevertheless to re-form the unity of the world, also a new Christian philosophy of history was necessary. As new *katechon* it could overcome the dualism between the Marxist philosophy of history and the weak historical relativism of the capitalistic West trusted on progress and technique. Franco's Spain was the geographical space from which it was possible to start for the reconstruction of the European identity and where Schmitt defeated by history as he was, could find a reason of hope.[11]

But let's go back to 1943 and to the second conference. Between 1943 and 1944 Schmitt gave another important speech, not directly concerning international law but strictly connected with his legal project. While Europe was burning he was in tour: Bucarest, Budapest, Madrid, Coimbra, Barcelona finally Leipzig, when the allied Forces had already landed in Normandie. The conference was devoted to *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* and the polemical object was always the same: the legal postivism, as well as still the same was the main theme, that is the definition of law as *concrete Ordnung.*[12]

But to fight his battle Schmitt, this time enlisted as a new hero, Friederich Carl von Savigny and identified as a new text of reference *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung and Rechtswissenschaft*, the great Manifesto against Codification written by Savigny in 1814.[13] If we think about it, the reference to Savigny and the celebration of the Volksgeist are not so suprising.

The world of Schmitt was collapsing and he saw the last asylum of the law (*Recht*) in science identifying in the jurist the gatekeeper of the rationale foundation of being men. Schmitt writes in the text published two years later that the jurists can not choose the regime and the changing holders of power, but may act as a source of law themselves. The law in fact, as Savigny had written, had an organic existence that was determined by the continuity between the past and the present and it was committed to the wise mediation of jurisprudence. In this way its positivity was free from the contingency of a political decision, not depending any more on the arbitrary will of a legislator, but on a metajuridical principle, the principle of necessity.

11 On the relationship between Schmitt and the Spanish legal historian, Alfonso García Gallo, s. Nuzzo (2013).

12 The text was published in German only in the 1950, Schmitt (1959).

13 See Bretone (2003); Garofalo (2007); Lievens (2013).

Schmitt obviously knew that a return to Savigny and the Roman law was impossible because «historical truth is true only once» (p. 73 of Italian translation). But in that moment of crisis Savigny was needed again. The history of European law was a common history based on mutual interactions and influences and the European identity itself had been formed in the relationship between jus publicum europaeum and the evolution of the European spirit. To rebuild the European legal identity you had to start from those who that spirit had intercepted and translated into legal concepts by providing an image of the lawyer and law that we continue to face.

At the same time historicism was necessary in order to re-read «in its historical evolution» the Schmitt's (and not Savigny's) idea of the law as a concrete order and to go beyond any empty legal formalism transfiguring the necessity in the sovereign decision. And yet, Savigny was used to retrieve the mythological dimension of law against the technicality of modernity. Not by chance in the introduction to the *Nomos of the Earth* Schmitt draws on Bachofen seeing him as the legitimate heir of Savigny and the historical school. He was the one who had understood that the historicity of Savigny was something else than the archeology and museology, but touched the very essence of legal science.

But there is one last point we have to emphasize because it finally leads us to the *Nomos* and the problem of international law.

Savigny identifying in the people the original matrix of state and in its consciousness the origin of positive law could rethink also the nature of international law, introducing an element of complexity into a representation that made its positivity descending from the consuetudinary and conventional character of international law and that consequently limited its efficaciousness to the states involved. Just like the internal law international law was positive law and its positivity did not depend on the will of a political subject, but referred to a deeper dimension, a common juridical tradition made uniformized by roman law, by «affinity of race» and above all by a common religious background. Racial identity and Christianity were, therefore, the boundaries of the international community and made it a homogenous space with its own law.[14]

14 Nuzzo (2012b).

The Nomos of the Earth, therefore, does not represent an innovation in Schmitt's production. Mostly it is a systematic reinterpretation of previous works or ideas found in earlier works, as amended with the most embarrassing political and racial references.[15]

But, following the methodological guidelines outlined in *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, the *Nomos* opens to the history and although it is not a book of legal history, contains in my view one of the most extraordinary history that has ever been written on international law. A history which, paradoxically, as I said considering Schmitt's positions, can help us to write a critical history of international law, making us see the dark side of Western legal discourse.

As a matter of fact the history of Schmitt described Europe's lost identity under the blows of Kelsen's formalism and legal universalism, whilst taking the relationship between *Ordnung* and *Ortung* as a narrative archetype, it also expressed the wish of new amity lines and with them the wish for a new *nomos* and a new process of space subdivision.

The American claims of a new Western hemisphere, the equalization between colonial territories and national territories, the move with the peace conference in Paris from the European order to a universal one, the coming back to a discriminatory concept of war and to the pre-modern identification of enemy and criminal, had produced the dissolution of the inter European state system through which for four hundred years the international relationships were juridically organized. It had its protagonists in territorial states and its pre-condition was the discovery of a new world beyond the Ocean.

The voyages of Columbus led Europe to know a free and unlimited space that was ready to be textualized and occupied. The Bulls of Alexander VIth were the instruments to get these aims. they took back the American territories and the Ocean within a legal text and justified their occupation by the Catholic powers. They fixed with the acts of land taking and land distribut-

15 I think for example in addition to the two texts cited about to some works written at the end of the thirties as Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes (1938); Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht (1939) or articles of the early forties in 1941 as Das Meer gegen das Land (1941) and Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und Meer im Völkerrecht der Neuzeit, whose arguments will return in the most famous Land und Meer (1942).

ing, a «konkrete Ordnung», that is a founding principle to organize the political communities and to justify the positivity of the law (*Recht*).

As it is well known the pope gave the new lands to the Castilian sovereigns in order to spread the word of Christ and let the indigenous population came into contact with the Catholic religion. In this way he attributed a heavy moral obligation to Ferdinando and Isabella and configured a legal title that legitimized the Spanish presence in America in front of the natives as well as the other European powers. At the same time he defined the spatial limits of the Spanish dominion. The line traced one hundred miles west from the Azores and running from the North Pole to South Pole located two different areas. One was reserved to the expansion of the Spaniards, the other could be occupied by the Portuguese, and at the same time, through the opposition with the space of the *respublica christiana*, located the West Indies and marked them as an empty and not qualified spatial territories entity. Europe needed that empty space for its own existence.[16]

But the *rajas* of Alexander VIth, according to Schmitt, were not sufficient for the definition of a new *Nomos* of the world. Marked on the Ocean, they did not know its alterity. They had a simply distributive function and presupposed the superior authority of the Pope that assured the unity of the *respublica christiana.*[17]

The definition of a new order needed on the contrary a real revolution in the ordering of territorial spaces. It imposed the overcoming of that unity.

According to Schmitt it was possible only when England took the field thanks to the a new «militant religion»: Calvinism.[18] The amity lines between England and France that appeared for the first time in a secret clause of the treaty of Cateau Cambresis, produced the definitive disappearance of a world and defined the structure of the European international law. They ratified the existence of two opposite spaces: one, the European land, realm of law and peace; the other, the Ocean and the still unknown American territories. They were free from law and far from the international treaties, and appeared as real and permanent war theaters. Beyond the line anything could become possible now. Beyond the line there was no more peace and the agreements between European powers had no validity.

16 For a comparative analysis of the Spanish and Portugiese strategies of colonizazion s. Herzog (2015).

17 Ruschi (2012), 250 ss.

18 Schmitt (1997), 61.

Spain and England had therefore taken two completely different choices: the first, defined by Burke as a great whale stranded on European beaches had opted for the land, the second, defined by Schmitt as an island that had become a fish had opted for the Ocean. These choices expressed two different territorial conceptions and two different legal systems, as well as equally different concepts of war and enemy. Schmitt depicted them assuming as an observation point the reflections of Francisco de Vitoria and Alberico Gentili. I can not discuss here the merits of Schmitt's thesis nor analyse both the polemic value of his interpretation about the use made by American jurists, and in particular by James Brown Scott, of the Victorian concept of just war and of enemy between the two world wars, and the ideological exaltation made of *De jure belli* of Gentili to contrast the Grotian tradition.

I must, however, remember that on the one hand with reference to the concept of occupation of American lands the distance between Vitoria and Gentili is much less than that revealed by Schmitt, on the other hand Schmitt himself grounding his history of ius publicum europaeum on the concept of the *Nomos* push us to reconnect the Spanish and the English discourse and locate their lowest common denominator in the conquest.

The conquest and only the conquest allows the identification of a nomos that is a constitutive principle capable of founding a new interstate system and a new global international law. The history of modern international law comes to coincide therefore with the European conquest of the Americas and can be told as a history of territorial occupation, the beginning of which, whatever perspective, we choose, the Spanish or English ones, is necessarily identified with a *Landnahme* (land appropiation).

The taking of possession is in fact an *Ur-Akt*, that brings us back to Old testament and Palestina the *Ur-Land.* It is a deeply legal primitive act that is at the same time free from any legal dimension able to found a constitutive legal process, a concrete order that is in favour of someone because it is against someone else. Everything always comes from the occupation of the land. Its measurement, division and exploitation allow to define a new *Nomos*, making visible the political and social order of a people and at the same time constitute a radical title that may be validly opposed to anyone else that claims to same tract of land.

Beyond the stereotyped historiographical representations that for a long time polarized English and Spanish discourses on the conquest around the opposing principles of discovery and occupation and to which Schmitt had

also contributed, at the foundation of their colonization strategies there is the identical awareness that the production of a new social space needed an efficient definition of the territory. Then there was a need for tracks that could indelibly qualify the membership of the new territories under the authority of the English and Spanish monarchs.[19]

On one side clear texts that could connect, without any hesitation or misunderstanding, the land grants in favour of descubridores and pobladores, adventurers and commercial companies, to the graceful and original act of the sovereign; on the other side new practices new techniques (bureocratic procedure for the distribution of the lands, poblaciones, foundacion of cities, cristianization of native, economic exploitation of the lands) that would allow to fill the territories legally marked by the Castilian or Anglo-Saxon appropriative symbolism, and that would let the earth show forever the signs of the work of the colonists.[20]

The pontifical bulls and the letter patents accomplished the first of these tasks.

In the same way of Alexander VIth, Elisabeth, assuming the Bulls as a legitimizing model, in her letters brought the right to grant license for exploring and occuping the American lands that were not already in the possession of a Christian prince within her especial grace, certaine science and mere motion. At the same time she identified in the occupation the guiding principle of her expansionist policy. Her polemical statement against the Spaniards is well known, according to which precription without possession is a little worth, as indeed we must not forget that all the English discourse on the conquest was grounded on the metaphor of planting.[21]

In the early texts that tryed to legally establish the presence of England in America, the *True Report* of George Peckham, and even more clearly the *Discourse of Western Plainting* by Richard Hakluyt, the British had to plant the seeds of religion and of Anglo-Saxon civilization and, transforming the American possessions with farming and animal husbandry, take possession of the entire American territory.[22]

19 Pagden (1995). More focused on the legal aspects Ross (2008) and Ross (2013).
20 Seed (1996); Nuzzo (2004).
21 Tomlins (2001).
22 Williams (1995), 151 ff.

But colonization need also new practices, new forms of governance.

The English procedure of taking possession was completed by other acts, that were simbolically extremely relevant as the ceremonies of the rod and turf (in which Humphrey Gilbert took possession of Newjames Town in 1583) which expressly recalled the English feudal practices of immission of the new owner in the possession of a fief or a real estate; or others acts that had to transform the space visible as the fence of the occupied territory or building houses on it.[23]

The approach is no different even if we look at the Spanish case. If in fact the donation of Alexander VIth remains in the arguments of Spanish jurists the most important title for all the seventeenth century, the process of occupation could have been perfect only if the Bulls were followed by the *autos de posessión en forma* and especially by the *población* of discovered places. The appropiation of American lands followed the paths of memory; recalled the Roman tradition of private law, the jurisprudence of *ius commune,* Germanic elements, feudal customs, and were using a model which, although applied to the different geographical areas from time to time absorbed in the Christian legal imaginary, remained faithful to this original archetype.[24]

For the Spanish and the English the territories legally marked by appropriative symbology had to be phisically filled, and the land always had to have traces of the work of the colonists. This would enable them to overcome that sense of insecurity that the huge American lands produced, and it would have met the promise of economic exploitation that the Indies evoked. Politically this would have dissolved any doubt about who was the new rightful owner in the event that the semiotic system established by the acts of possession and its theological legal prerequisite, the papal donation or the letters patent, were not understood nor accepted.

Three hundred years later another conquest showed Schmitt the last great victory of *ius pubblicum europaeum* and at the same time the beginning of its dissolution.

Between 1884 and 1885 the European powers and the United States met in Berlin in order to find a solution to the problems brought about by the

23 Mc Millan (2006).
24 Nuzzo (2004), 114.

scramble for Africa. Civilization as well as progress were the basis of the new European expansionist policy, the new values fit to transform a conquest into a mission.[25]

By these aspects the signatory powers were able to express both the desire to identify the most favorable conditions for the development of trade and the guardianship of natives in a spirit of mutual cooperation, and the commitment aimed at defining the mode of acquiring and dividing the African continent, liberating with the same spirit of mutual cooperation the appropriate drive of Western foreign policy from any constitutional brake.

It being understood that all the nations involved had to fight slavery and to guarantee the natives as well as the European freedom of conscience and religious tolerance, they had essentially two aims: support the free trade; define the juridical regime of the African territories not yet occupied by the European powers.

Thus on one hand they stated the navigability of the Congo and Niger Rivers and the neutrality of the territories along them. On the other hand they identified the principle of effectiveness as the criterion that should be used in the disputes on the future acquisitions of territories belonging to populations with different faith or a civilization considered inferior. At the same time, the lack of a state sovereignty exercised on a determined territory was considered the precondition that would legitimize those acquisitions.

In Berlin the issue was to define whether the African territories could be considered as *res nullius.*

Vitoria, Gentili, but also Locke, Grozio and even Vattel could not help much the international lawyers of the end of the XIX century. If a deficit of sovereignty was the precondition to occupy a territory and no longer (or not only) the fact that it was not inhabited or economically used, it was necessary to separate the private law from the public law level. Only in this way it would be possible to sustain that the same one territory would be the object of a different evaluation according to the point of observation chosen, and accept that on the same place, at the same moment, a right of property might be exercised, but not a right of sovereignty.

The natives might have the right of property on the territories they occupy, but they do not have the right of exercise (according to Western stand-

25 Koskenniemi (2001), 121.

ards) a sovereign power on their territory. They could not be considered states and a international subjectivity could not be recognized to them.

Nevertheless when they had to sell their lands, sign a treaty of protectorate or assist to an act of taking possession, were qualified as state enjoing full sovereignty (with great embarassement of the Western jurists).[26]

Also in this case, as already had happened for the American continent, Schmitt was interested in the conquest and not in the people conquered. But in any case his analysis focusing on the spatial dimension of international law has the advantage of letting us see the constant and deep link between international law and colonialism. Through the acknowledgement of the centrality of the appropriation process for the definition of a *nomos*, the conquest of the American continent can be thought togheter with the one of the African continent within a same legal framework.

I once again want to point out that this was not Schmitt's aim, since he was interested in analyzing how the last great act of European public interstate law revealed clear signs of a crisis without solution where the main responsible actors were the United States which in 1884 recognized the flag of the international Society of Congo even if it was not a state.

But as I said at the beginning of this paper my aim was to use Schmitt against Schmitt and against all those representations that hide the violence of the Western colonial project, behind refined geometrics of legal systems or conceptual forms.

So let's take Schmitt seriously and follow the logic of *Nomos.*

This allows us to discover that there are several threads that link the American and the African continents. Just think of the relationship between private law and public law, property/sovereignty I spoke of before and that in XVIIIth century America can be observed in the polemic use of the occupation of native territory by Anglo-American colonizers in order to claim rights of propriety and an autonomous politic space from the Crown; the official recognition of the principle of effective occupation by Spain with the Nootka convention (1790); and along with this the return to the principle of the original discovery by the jurisprudence of the American supreme court led by Madison (to whom we also own the introduction into the modern colonial discourse of the image of the ward inside a topic aimed at the identi-

26 Nuzzo (2017).

fication of the native Americans as domestic dependant nations); or still the great controversy on Oregon starting in XVIIIth century and ending only in 1846 to which the first work by Traver Twiss, one of the main charachter of the discussion on African territory, is dedicated.[27]

But most of all Schmitt and his *Nomos* make possible to see the close link between the pre-modern colonial world and the modern one. The conquest of the American continent was not only a filter through which every colonial experience could be seen but more generally it reflects the way the relationship with the non Western territories and non Western people could be thought of. It allowed the Western lawyers to build a discourse that rhetorically was grounded on *their* diversity, specialty or exceptionality that justified a return to the ancient regime, that is a normative regime, equally different, special and exceptional. It was a regime characterized by the principle of personality of the law in which the rules and the exceptions, rights and privileges, *iura and facta* were placed one upon the other until they became undistinguishable.

The capitulations, the settlements and the concessions in the East and the Far East, the introduction of the concept of hinterland or the sphere of influence, the transformations suffered by the protectorate in its transplant into Africa, the regime of mandates after the First World War and finally and more generally the distortions of the concept of sovereignty outside the borders of the West, were all severe and clear *vulnu*s regarding international law. At the same time for the more sensitive lawyers they were also a sign of great energy forcing them to find solutions able to satisfy the needs of social life, legitimating both the organization of power free from the Rule of Law and the construction of a new law.

As a matter of fact international law was no longer the discipline where such solutions could be found. After the great theoretical discussion about the occupation of Subsaharian Africa that marked the legal debate at the end of the XIXth century, the colonial issues started to leave silently the sphere of interest of international lawyers and together with the positivistic turn at the beginning of the new century, they entered the horizon of constitutional and administrative lawyers, and ministerial bureaucracy.

27 Twiss (1846); Fizmaurice (2014), 209 ff.

And so Western colonialism asked them the most embarrassing questions, threatening the unitary representation of the state legal system.

What were these territories? were they part of the metropolitan territory? which was the legal status of the people who lived there considering that through the filter of Western evaluation standards those populations could not be considered States for a deficit of sovereignty nor had they an international subjectivity?

The German lawyers proposed a paradoxical, but refined solution imagining that the African possessions where at the same time inside and outside the Empire. They were, therefore, subjected to the territorial sovereignty of the Empire, but were not territories of the Empire. In other words the metropolitan and the colonial territories had a different nature. But this difference mattered only within public law since for international law they both were both subjected to the State's exclusive sovereignty.

The overcoming of the principle of unity of the state territory thus did not mean to bring into question the exercise of a right of sovereignty, but only that the state exercises a different right on the metropolitan and the colonial territory. This is very well explained by an Italian lawyer, Romano, who assigned to the State the capability of assuming different forms according to the national or colonial space where it was about to act. In the first case the State acted in accordance with the separation of powers and the Rule of Law exercising on its territory a "special right", a subjective right on its own person. In the colony, on the contrary it assumed the feature of the "Ancient Regime State", that is the form of State that existed before the constitutional State exercising on the territory a right in *rem* with a public law nature. This meant in other words that within the metropolitan borders the territory was an essential, intrinsic element of the State – the state founded its existence and identified itself with it and therefore exercised a personal right over its own territory. In the colony this identification did not work, and the relationship between state and territory was again, in an analogy with private law, «an exclusive and complete domain of a subject on a material thing» allowing the State to exercise a right in rem over the colony.[28]

28 Nuzzo (2012a), 271 ff.

In the same way in which the colonial territory was included as a difference inside the European legal space through the building of a transtemporary unit between pre-modern past and the colonial present, also its inhabitants were absorbed into the legal system of the state as another part of the metropolitan subject. There absolute alterity determined by racial differences and an unfillable cultural backwardness thus allowed the overcoming of the principle of the territoriality of the law and the unicity of the legal subject, but never reaches the point of breaking a unitarian representation of the legal system. Confined together with the territory they inhabited in a time different to the one of the motherland their status could not be defined by constitutional law. At the time they had to live there was no constitution, there were no individuals, no rights but a family system dominated by the figure of the father and in which privileges and exemptions could be obtained only through a status. As matter of fact in premodern Europe only referring on the authority of the Father and his Law, that is only inside the disciplinant family relation, man, woman, child and servants could assume a status and be legally identified.

Outside the family and its disciplinary technologies there was no possibility to grow, to have access to any status and therefore to any form of institutionally recognized existence.[29]

Being it impossible to be real citizens and at the same time to be considered strangers, for them there was no other possibility than being qualified as colonial subjects. It was a definition in which the meaning of subject recalls the semantic of the Latin word subjectus that is of a person subjected to the authority of a father and of a law, to the authority of the colonizers and their legal administrative apparatus.

The incivility and backwardness of the African people didn't leave a way out and opened a normative circuit invented expressly for them. As a matter of fact a new law was *destined* to them, the colonial law, the theoretical premises of which, as we have seen, were not so new. It was a heterogeneous law due to the multiplicity of its elements and the diversity of its sources where there was no place for the rigid submission of the judge to the law, the law itself lost its quality of abstractness and generality as well as the principle of legal certainty did no longer work.[30]

29 Costa (1999), 36 ff.

30 Durand (2014).

But above all it was a law mainly subtracted to the parliamentary control and entrusted to the the executive power and to the arbitrium of the colonial judicature. It had to regulate different normative levels proceeding towards the integration of different legal sources and the substantial sterilization (this is a Reinsch's terrible term) of the native law by translating/codifying it, by the filter of Christian morality and the public order.[31]

In the representations offered by European lawyers between the XIXth and XXth century the natives seemed to be condemned to move along the border, to live in the uncertainty of a threshold, the legal and symbolic political line that divided and unified metropolis and colony and their different temporality. This border could however be crossed only very seldom: the naturalization was a dream very difficult to be realized and the natives seemed to live in Kafka's novel *Before the law* where there was a man from the country who spend his entire life hoping to enter the open door of the law but he was able only to see its light.

Anyhow may we trust in what the lawyers tell us? may we accept their representations? and how can we react to Schmitt's ultrapolitics, to his depoliticisization of International law through its militarization?

Telling with Schmitt the history of international law as a history of territorial occupation allowed us to overcome the dialectic relation between inside and outside; metropolis and colony, we and the others, that was the premise (basic asumption) of his reflection. Inside and outside are both inside the law. There is no outside of the law. Paradoxically his realism, his theory of *Nomos*, let us see the paradox of the origin of law. In other words the law has no foundation outside the appropriative violence of the *Nomos*. Behind the law there is therefore the void and this void, as Jacques Derrida wrote in accordance with Benjamin, is called violence.[32]

Violence is a constituent element of the law. It is the other side of the law itself and it is indissolubly united to it. *Recht* and *Un-Recht* (right and wrong) are therefore together, but in order to function, as binary code of a social system as law is, their unity has to be hidden, has to disappear.[33] In order to be law the law must represent the violence of conquest as something that is outside the law; it must describe the colonized as negation and in this way

31 Reinsch (1902), 347.
32 Derrida (1992).
33 Luhmann (1997), 1, 92 ff.

construct the identity of the colonizer on the basis of the denied identity of the colonized; it can be imagined the existence of an international community grounded on a set of shared values as well as an international law that positively translates them because outside it there are heterogeneous communities unable to understand those values (and translate them legally); finally it may invent the exceptional normality of colonial law to consider the exception as the utmost hypothesis of the metropolitan legal system in order to suspend its constitutional asset and open the legal system itself to the violence of decision or of necessity.

At the beginning of this paper we asked if it was possible to appropriate the European legal tradition with the aim to write a decolonized history of international law. Finally I think that the question sends back to another, even more embarrassing question: can criticism be a criticism of itself?

Only a positive answer allows to write a conscious decolonized history of international law without recurring to ingenuous displacements in the research of a point of observation from a non-existing outside. And, for me, a positive answer is possible when the universal reason leaves place to an autocritic and ironic reason that incessantly deconstructs and reconstructs the European tradition without any founding claim.

Bibliography

Anghie, Antony (2005), Imperialism, Sovereignity and the Making of International Law, Cambridge

Becker Lorca, Arnulf (2014), Mestizo International Law. A Global Intellectual History, Cambridge

Bretone, Mario (2003), L'anatra giuridica. Meditazione sul diritto romano tra Savigny e Schmitt, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 33, 127–149

Carloni, Stefano (2008), Dal Großraum al Nomos der Erde e retour: il pensiero internazionalistico di Carl Schmitt, in: Rivista di filosofia del diritto, 85, 51–91

Carty, Antony (1995), Inter-War German Theories of International Law: Hans Kelsen and Carl Schmitt. Some Psychoanalytical and Phenomenological Perspectives, in: Cardozo Law Review, 16, 1235–1295

Carty, Antony (2001), Carl Schmitt's Critique of Liberal International Legal Order Between 1933 and 1945, in: Leiden Journal of International Law, 14, 25–76

Costa, Pietro (1999), Civitas. Storia della cittadinza in Europa, vol. 1, Dalla civiltà comunale al Settecento, Roma, Bari

Dabashi, Hamid (2013), Can Non-Europeans Think?, in: Al Jazeera, 2013, www.aljazeera.com/indepth/opinion/2013/01/2013114142638797542.html

Dabashi, Hamid (2015), Can Non-Europeans Think?, London

Derrida, Jaques (1992), Force of Law: The Mystical Foundation of Autority, in: Cornell, Drucilla, Michel Rosenfeld, David Carlson (eds.), Deconstruction and the Possibility of Justice, New York, London, 3–67

Durand, Bernard (2014), Introduction historique au droit colonial, Paris

Fitzmaurice, Andrew (2014), Sovereignty, Property and Empire, 1500–2000, Cambridge

Galli, Carlo (1996), Genealogia della poitica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno, Bologna

Garofalo, Luigi (2007), Carl Schmitt e la Wissenschaft des römischen Rechts. Saggio su un cantore della scienza giuridica europea, in: Anuario da facultade de dereito de Universidade de Coruña, 11, 299–323

Herzog, Tamar (2015) Frontiers of Possession. Spain and Portugal in Europe and Americas, Cambridge

Howse, Robert (2016), Schmitt, Schmitteanism and Contemporary International Legal Theory, in: Orford, Anne, Florian Hoffmann (eds.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law, Oxford, 212–231

Koskenniemi, Martti (2001), The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge

Koskenniemi, Martti (2004), International Law as Political Theology. How to read the Nomos der Erde?, in: Costellations, 11, 492–511

Lievens, Matthias (2013), Carl Schmitt's Concept of History, in: Meierhenrich, Jens, Oliver Simons (eds.), The Oxford Handbook of Carl Schmitt, Oxford, 401–425

Luhmann, Niklas (1997), Die Gesellschaft der Gesellschaft, vol. 2, Frankfurt am Main

Mahbubani, Kishore (2009), Can Asian Think?, Singapore

Maschke, Günter (ed.) (1995), Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, Berlin

MacMillan, Ken (2006), Sovereignty and Possession in the English New World. The Legal Foundations of Empire, 1576–1640, Cambridge

Mignolo, Walter (2013), Yes, we can: Non-European Thinkers and Philosophers, in: Al Jazeera, 2013, www.aljazeera.com/indepth/opinion/2013/02/20132672747320891.html

Nuzzo, Luigi (2004), Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole, Napoli

Nuzzo, Luigi (2012a), Alle origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo, Frankfurt M.

Nuzzo, Luigi (2012b), History, Science and Religion. International Law and the Savigny's Paradigm, in: Nuzzo, Luigi, Milos Vec (eds.), Constructing International Law. The Birth of a Discipline, Frankfurt am Main, 25–50

Nuzzo, Luigi (2015), Between America and Europe. The Strange case of Derecho Indiano, in: Duve, Thomas, Heikki Pihlajamäki (eds.), New Horizons in Colonial Spanish Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History, Frankfurt am Main, pp. 161–192

Nuzzo, Luigi (2017), Territory, Sovereignty and the Construction of Colonial Space, in: International Law and Empire. Historical Explorations, Koskenniemi, Martti (eds.), Oxford, 263–292, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198795575.003.0012

Pagden, Anthony (1995), Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c.1500 – c.1800, New Haven

Reinsch, Paul Samuel (1902), Colonial Government. An Introduction to the Study of Colonial Institutions, New York

Ross, Richard (2008) Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared, in: Tomlins, Christopher, Michael Grossberg (eds.), The Cambridge History of Law in America, vol. 1, Early America (1580–1815), Cambridge, 104–143

Ross, Richard (2015), Spanish American and British American Law as Mirrors to Each Other: Implications of the Missing Derecho Británico Indiano, in: Duve, Thomas, Heikki Pihlajamäki (eds.), New Horizons in Colonial Spanish Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History, Frankfurt M., 9–28

Ruschi, Filippo (2012), Questioni di spazio. La terra, il mare e il diritto secondo Carl Schmitt, Torino

Schmitt, Carl (1925), Der 'status quo' und der Friede, in: Schmitt, Carl (1940), Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar, Genf, Versailles, Hamburg, 33–42

Schmitt, Carl (1926), Die Kernfrage des Völkerbundes, in: Schmitt, Carl (2005), Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978, Maschke, Günter (ed.) (2005), Berlin, 73–128

Schmitt, Carl (1943), Strukturwandel des Internationalen Rechts, in: Schmitt, Carl (2005), 652–670

Schmitt, Carl (1950–1951), La unidad del Mundo, in: Anales de la Universidad de Murcia, 9, 343–355

Schmitt, Carl (1950), Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, Köln

Schmitt, Carl (1959), Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, in: Schmitt, Carl (1985), Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1958. Materialien zu einer Verfasungslehre, Berlin, 386–429

Schmitt, Carl (1995), Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, Berlin

Schmöckel, Mathias (1994), Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit, Berlin
Seed, Patricia (1996), Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492–1640, Cambridge
Tomlins, Christopher (2001), The Legal Cartography of Colonization, the Legal Polyphony of Settlement: English Intrusions on the American Mainland in the Seventeenth Century, in: Law and Social Inquiry, 26, 315–372
Twiss, Travers (1846), The Oregon Question Examined in Respect to Facts and the Law of Nations, London
William, Robert Jr. (1990), The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest, Oxford
Zabala, Santiago (2012), Slavoj Zizek and the Role of the Philosopher, in: Al Jazeera, 2012, www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/12/20121224122215406939.html
Žižek, Slavoj (1998), Leftist Plea for Eurocentrism, in: Critical Inquiry, 24, 988–1009

Giovanni Pascuzzi

La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?

1. Un libro di 25 anni fa sulla comparazione giuridica in Italia

La comparazione, in Italia, è stata lo strumento per denunciare i limiti degli approcci più tradizionali alla riflessione giuridica. In particolare essa è servita, nelle intenzioni e nei fatti, a stigmatizzare dogmatismo e formalismo evidenziandone il carattere "ideologico".

Eloquenti, ancora oggi, alcune affermazioni di Rodolfo Sacco, uno dei Padri indiscussi della comparatistica italiana:

> Nel campo civilistico, la *nascita* di una comparazione insoddisfatta degli strumenti di conoscenza del diritto interno, e perciò desiderosa di sostituirli, porta la data di un'epoca in cui tutte le proposte nuove hanno in comune un *nemico da combattere*. Questo *nemico* è il metodo sistematico, detto anche concettualistico o dogmatico, con i suoi apriorismi e i suoi arbitrii. Entrambe le tendenze dogmatizzanti – quella fedele ai modelli della scuola pandettistica, e quella neosistematica – ne venivano investite a vario titolo… Dal 1941, Gorla, *rivoltandosi* al dogmatismo (la sua presa di posizione è formulata in *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941), si pone alla ricerca di un nuovo mezzo di interpretazione… Denudato il diritto dal dogma, la costante giuridica dev'essere ricercata altrove: Gorla conduce la ricerca in modo induttivo, prende a disconoscere le stesse massime giurisprudenziali e mette al centro la ragione del decidere.[1]

Considerazioni di questo tenore sono state ribadite più volte nel corso del tempo. A mero titolo di esempio si possono richiamare alcuni stralci di un libro-intervista a Rodolfo Sacco.[2] Il libro, pubblicato nel 1992 dall'editore Giuffrè, riproduce le conversazioni tra il Maestro e una ventina di comparatisti su altrettanti temi di interesse comparatistico: dai problemi generali, al rapporto tra la comparazione e la storia e le altre scienze e così via.

1 Sacco (1980) 244 e 245. I corsivi sono aggiunti.
2 Sacco (1992b) 5, 13, 19 e 216.

Sosteneva Rodolfo Sacco:

> Mi premeva indicare che la comparazione consente di *scoperchiare* gli ordinamenti e vedere le cose che ci sono dentro, finora tenute nascoste, perché in ognuno di questi ordinamenti hanno qualità crittotipica categorie che in altri sistemi sono note e strombazzate…
> Io credo che ormai lo studente di terz'anno sia convinto delle due ovvietà che seguono. Ovvietà numero 1. La dogmatica offre un controllo fondato esclusivamente sulla coerenza delle varie definizioni, o, se vuoi, dei vari dati. Ma è pensabile un sistema tutto coerente e formato di definizioni tutte idiote, anche se coerenti l'una con l'altra. Ovvietà numero 2. La *comparazione* ci agevola nella decrittazione di ciò che è nascosto nel sistema (scoperta del crittotipo); e, soprattutto, ci *denuncia*, senza troppi riguardi per le nostre abitudini mentali acquisite, le *contraddizioni* delle nostre formule rispetto al reale (cioè rispetto alla regola operazionale). Intravedo che i tre controlli di validità dei due secoli passati erano, rispettivamente, il positivista, il razionalista e lo storico-dogmatico. Oggi il positivista, che si sofferma sul dato empirico (il precedente) e crede di assolutizzarlo piace poco; il razionalista, che si sofferma su un pensiero puro, ma non sa poi dire perché il pensiero debba essere quello, non ha séguito; il dogmatico, che sceglie con scarso appoggio della sperimentazione, e deduce, mostra la corda. E allora il criterio positivo guarda all'effettività, e diventa realismo. Il criterio razionalista si lega al ragionamento economico-matematico, e diventa analisi dei costi e benefici. Il criterio storico-dogmatico porta l'occhio sul dato sperimentale, filtra tutto mediante un'analisi tassonomica del reale che ci circonda, e diviene con ciò metodo comparatistico…
> A ventun anni ho visto con i miei occhi il crollo del nazionalsocialismo. A sessantasette ho visto alla Tv il crollo del comunismo. E ora sto per vedere la caduta del *postulato nazionalistico nell'insegnamento del diritto*…
> La *comparazione giuridica non è ancora nata*. O è nella fase del suo primo giorno di vita.[3]

2. Alcune domande, 25 anni dopo.

A 25 anni dalla pubblicazione del libro-intervista a Rodolfo Sacco è utile porsi delle domande.

3 Sacco (1992b) 5, 13, 19 e 216. I corsivi, nella citazione di Sacco, sono aggiunti. L'impostazione metodologica riportata nel testo, si ritrova nelle cosiddette Tesi di Trento, un manifesto culturale sulla scienza della comparazione giuridica elaborato nel 1987 da un circolo di comparatisti (F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarnieri, P. G. Monateri, R. Sacco) alcuni dei quali già docenti della Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Le 5 Tesi sono rinvenibili a questo indirizzo https://it.wikipedia.org/wiki/Tesi_di_Trento.

Cosa "scoperchia" oggi la comparazione? Cosa "denuncia"? Il "postulato nazionalistico" dell'insegnamento del diritto è davvero caduto? La comparazione giuridica è davvero nata?

La comparazione giuridica si è affermata in Italia come "rivolta" contro il formalismo e contro il dogmatismo. Per dimostrare il contenuto "ideologico" di queste impostazioni. E i loro limiti.

I comparatisti, ovvero i "rivoluzionari" di un tempo, come spesso avviene, sembrano essersi "imborghesiti". La comparazione, forse, è diventata qualcosa di paragonabile a ciò che la dogmatica era nel secolo scorso (ovvero un approccio destinato a perpetuare l'esistente e che nasconde una ideologia di potere).

3. Qualche considerazione su alcuni dati numerici

Nel 2000, all'inizio del nuovo millennio, esisteva una sola associazione di comparatisti: l'Aidc (Associazione italiana di diritto comparato).[4] 43 erano i professori ordinari del settore disciplinare Jus/02 (Diritto privato comparato).[5] 53 erano, invece, i professori ordinari del settore disciplinare Jus/21 (Diritto pubblico comparato).

Tre lustri dopo, ovvero a fine 2015, la situazione è la seguente. Le associazioni di comparatisti sono diventate tre. Gli ordinari appartenenti al settore Jus/02 sono leggermente aumentati passando da 43 a 48. Mentre gli ordinari appartenenti al settore Jus/21 sono diminuiti in maniera consistente: da 53 a 38.

All'Aidc si sono aggiunte: l'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (Dpce, nata nel 2001 con la « finalità di promuovere il dibattito fra studiosi ed operatori del diritto in ambito nazionale ed internazionale, con particolare attenzione al metodo comparatistico »);[6] e la Società italiana per la ricerca nel diritto comparato (Sird, costituita nel 2010 allo « scopo di promuovere la scienza giuridica comparatistica e la collaborazione fra giuristi – studiosi o operatori pratici – italiani, operanti in Italia o desiderosi di operare in collegamento con essi »).[7]

4 www.dirittocomparato.org.

5 I dati numerici sono stati reperiti nella banca dati del Miur relativa all'organico dei docenti universitari. http://cercauniversita.cineca.it/php5/docenti/cerca.php.

6 www.dpce.it.

7 www.sirdcomp.it.

In un altro lavoro approfondirò queste dinamiche evolutive. In queste sede ci si deve limitare solo a qualche rapida considerazione.

L'incremento delle cosiddette società scientifiche è un tratto caratteristico degli ultimi 15 anni, in ambito giuridico e non. A livello generale si può dire che: a) non ci sia settore scientifico-disciplinare, oggi, che non abbia almeno una "associazione di categoria";[8] b) la spinta alla creazione di nuove società scientifiche è alimentata dal desiderio di diventare interlocutori di organismi come Anvur;[9] c) spesso l'esistenza di diverse associazioni nel medesimo ssd sembra giustificato più da divisioni accademiche che da differenti visioni culturali.

I privatisti italiani (settore scientifico-disciplinare Jus/01) si articolano in tre diverse associazioni: l'Associazione civilisti italiani,[10] la Società italiana studiosi del diritto civile[11] e l'Unione dei privatisti.[12] Nel 2011 sono nate ben due associazioni di tributaristi (settore scientifico-disciplinare Jus/12): l'Associazione italiana dei professori di diritto Tributario,[13] e la Società italiana studiosi di diritto tributario.[14] Per avvalorare quanto detto poc'anzi a proposito della volontà di divenire interlocutori di soggetti istituzionali, conviene ricordare che nello statuto di quest'ultima associazione si legge testualmente: la Ssdt « può, in rappresentanza degli interessi degli associati, e comunque degli interessi generali, formulare istanze e pareri agli organi della Pubblica amministrazione, compreso il Ministero dell'Università, il CUN, l'Anvur e ogni altro organo o ente con finalità analoghe ». Una disposizione simile è contenuta anche nello statuto dell'altra associazione di tributaristi prima citata (AIDPT).

Se ne deduce che l'incremento del numero di associazioni dei comparatisti (da una a tre) fa parte di un fenomeno più generale. Semmai occorrerebbe chiedersi se i comparatisti debbano condividere le dinamiche alla base

8 Sulla genesi dei settori scientifico-disciplinari e sulle ricadute che gli stessi hanno su didattica e ricerca v. Pascuzzi (2012).

9 Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca, www.anvur.org.

10 Aci, fondata nel 2003. www.civilistiitaliani.eu.

11 Sisdic, fondata nel 2003. www.sisdic.it.

12 Up, fondata nel 2011.

13 Aipdt, fondata nel 2011. www.aipdt.it.

14 Ssdt, fondata nel 2011. www.studiosidirittotributario.it. Già da molti decenni esisteva la Associazione dei tributaristi (www.associazionetributaristi.eu) che però non è sovrapponibile al tipo di associazione di cui si parla nel testo il cui ambito coincide, per lo più, con l'orizzonte accademico di una disciplina.

di questo fenomeno (i.e.: sindacalizzazione delle discipline; rigida compartimentazione della ricerca per settori disciplinari molto ingessati; ossequio ai dettami degli organismi di valutazione; indulgenza verso le lotte accademiche prive di contenuti culturali), o non debbano, al contrario, contrastarle.

Qualche considerazione anche sui numeri dei professori. Si è limitata l'analisi al numero degli ordinari. Nel complesso, si sono ridotti nell'arco di un lustro. In particolare nel settore Jus/21. Su questo fenomeno possono aver inciso le dinamiche relative all'invecchiamento del corpo docente (incremento dell'età media) e la contrazione del Fondo di finanziamento ordinario delle Università: dal 2008 i tagli all'Ffo non conoscono soste.

Ma, guardando la banca dati del Miur, si nota un altro fenomeno interessante. L'osmosi tra settori disciplinari.

Sono pochi i professori appartenenti ad altri ssd che sono transitati al settore Jus/01 o al settore Jus/21. Viceversa sono numerosi i comparatisti che dai settori Jus/02 o Jus/21 sono "emigrati" verso altri ssd. Come mai è avvenuto questo? È solo un caso? Esistono ragioni culturali? La comparazione è solo un trampolino? La comparazione ha esaurito il proprio ruolo? O esistono ragioni concorsuali e/o di scuola? Forse tutte queste cose insieme.

4. Il perno del discorso: cosa differenzia la comparazione dagli altri saperi

I giuristi si differenziano tra loro in ragione della dedizione all'approfondimento di uno specifico settore del sapere giuridico. Si suole distinguere, infatti, tra: civilisti, penalisti, pubblicisti, tributaristi, costituzionalisti, internazionalisti, e così via.

Per i comparatisti il discorso è totalmente diverso. Il loro nome non deriva da un campo del sapere, ma da un processo cognitivo: comparare. Il nome "comparatista", in sé considerato, non certifica il possesso di una competenza su un certo oggetto, bensì la padronanza di un metodo di lavoro.

Ci sono studiosi che *conoscono qualcosa* (ovvero: i civilisti, i penalisti, etc).

E ci sono studiosi che *conoscono in un certo modo*: i comparatisti, appunto.

Di primo acchito il termine comparatista non ci dice di cosa si occupa quello studioso (*rectius*: il campo di indagine a cui applica il suo processo cognitivo) ma ci comunica il modo nel quale egli lavora. Non a caso la comparazione dà vita ad autonome discipline anche in ambiti diversi da

quello giuridico. Si pensi a materie, pure insegnate nelle Università, come: anatomia comparata, zoologia comparata, sistemi economici comparati, sistemi politici comparati e così via.

La comparazione è un processo cognitivo. I comparatisti si caratterizzano per l'uso di tale processo.

5. La comparazione è un processo cognitivo: conseguenze

Il fatto che la comparazione sia un processo cognitivo comporta delle conseguenze che di seguito si proverà brevemente ad elencare.

A) Se comparare è un processo cognitivo non ha molto senso parlare di « perimetri della disciplina » perché la disciplina non ha un oggetto ma coincide con un metodo di lavoro.[15]

Eppure c'è chi si impegna a tracciare i perimetri della comparazione. In alcuni verbali di concorso, ad esempio, si (s)valutano opere di giovani studiosi perché reputate non rientranti nel settore disciplinare o nel settore concorsuale non già perché non adottino il metodo comparatistico, ma perché attinenti ad alcuni temi e non ad altri ritenuti di pertinenza del settore concorsuale.

B) Chi si caratterizza, anche nominalmente, per un approccio cognitivo e metodologico, non può che guardare con favore ad altri approcci cognitivi e metodologici.

Non a caso molti comparatisti sono al tempo stesso cultori anche di altri approcci come: analisi economica del diritto (ad esempio: Roberto Pardolesi);[16] *law and literature* (ad esempio: Pier Giuseppe Monateri);[17] *law and technology* (faccio il mio di esempio, scontando la presunzione);[18] e così via.

La comparazione, come disciplina, deve dare spazio a tutti gli approcci innovativi.

15 Scrive Sacco (1992b) 183: « La comparabilità trova un solo limite, quello della omogeneità dell'oggetto regolato dal diritto ».

16 Roberto Pardolesi dirige il *Law & Economics Lab* (Laboratorio di analisi economica del diritto www.law-economics.net/). È autore di tanti saggi in materia di Eal. Si veda Pardolesi (1992). Si veda anche Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, (2006).

17 Pier Giuseppe Monateri è il vicepresidente dell'Aidel, Associazione italiana diritto e letteratura (www.aidel.it/).

18 Sui rapporti tra diritto e tecnologie v.: Pascuzzi (2016).

C) Il dialogo tra i saperi. Diritto, storia e molto altro.

La comparazione ci fa vedere come sono nati gli istituti giuridici e come si sono evoluti. Essa, pertanto, indaga: aspetti storici,[19] aspetti sociologici, aspetti economici, e così via.

Il comparatista combatte gli steccati disciplinari. Il comparatista padroneggia, tra gli altri, le *skills* del lavoro interdisciplinare.[20]

D) L'innovazione (giuridica e no).

Studiando genesi e circolazione di istituti e modelli giuridici, la comparazione fa del mutamento e dell'innovazione degli oggetti privilegiati di indagine.[21] La comparazione studia le tecniche dell'innovazione giuridica.[22] Il comparatista studia la creatività del giurista.[23]

19 La seconda delle Tesi di Trento sulla comparazione giuridica, sopra citate, recita: « La comparazione rivolge la sua attenzione ai varii fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche ».

20 Sugli ingredienti del lavoro interdisciplinare v. Pascuzzi (2013), 184 e ss.

21 Gorla (1989) par. 2.3, si è chiesto se la scienza comparatistica si estenda all'indagine eziologica capace di accertare i fatti che cagionano i mutamenti del diritto. Secondo Sacco (1992a), p. 18, la comparazione ha una visione del diritto fattuale e diacronica (oltre che sincronica); e perciò si imbatte nei dati di fatto che determinano o paralizzano la spinta verso l'innovazione giuridica.

22 Nella appena citata « Introduzione al diritto comparato », Rodolfo Sacco (1992a) scrive: « Innovazioni di modelli giuridici si hanno ad ogni piè sospinto. La sentenza originale, la risposta imprudente data dallo studente all'esame contengono una innovazione. Le sole innovazioni che contino sono peraltro quelle che provengano da un'autorità, o vengano fatte proprie da una autorità, o trovino imitatori a macchia d'olio e acquistino così una diffusione generalizzata. In sede sincronica, l'innovazione che non provenga dall'autorità è un errore: errore del giudice, errore dell'avvocato, errore dello studente. In sede diacronica, la natura dell'innovazione è più ambigua: se troverà imitatori, essa sarà una creazione, una scoperta; solo se non ne troverà, sarà un'opinione isolata, un errore ». Sacco si chiede quale sia la genesi delle innovazioni individuando alcune tecniche che vengono concepite e usate per soddisfare i bisogni sempre più sofisticati della società (p. 134). Il comparatista torinese prova ad elencare qualcuna di queste tecniche: il desiderio di generalizzazione (di armonia, di analogia); l'assimilazione (trattamento uguale di casi perché dotati di un elemento di analogia); la dissimulazione (trattamento differenziato di casi perché dotati di un elemento che li distingue); l'emersione di contenuti inespressi da proposizioni e interpretazioni note; la combinazione di istituti giuridici elementari (p. 146 e ss.).

23 Pascuzzi (2013a).

E) Nella formazione del giurista occorre guardare più ai processi cognitivi che non alle discipline (sapere dichiarativo).[24]

Occorre porre enfasi sulle abilità.[25] Non si deve insegnare il diritto comparato. Occorre insegnare a "fare" comparazione. Non si deve insegnare la storia del diritto, occorre insegnare a "fare" storia del diritto.

L'obiettivo, inoltre, non deve essere solo la caduta del « postulato nazionalistico », ovvero la formazione del « giurista municipale ».[26] L'obiettivo è formare un « giurista senza diritto ». Un giurista che può operare in un qualsiasi sistema giuridico.

F) Un processo cognitivo è esso stesso una tecnologia. Una tecnologia del pensiero.

Il comparatista usa una tecnica per raggiungere degli obiettivi conoscitivi. Gli organizzatori del convegno stigmatizzano chi pensa che il diritto « sia uno strumento di ingegneria sociale ».[27] Io penso che il diritto sia una tecnologia. Ma compito di chi studia una tecnologia è conoscere gli usi (palesi e no) che di una tecnologia si possono fare. Anche questo è compito di chi usa un processo cognitivo (la comparazione) per conoscere. La comparazione mette a nudo le dinamiche di potere ed evidenzia i valori sottesi alle diverse opzioni possibili.

6. La spinta propulsiva

Il titolo di questa relazione è volutamente provocatorio: riecheggia la spinta propulsiva di una famosa rivoluzione.

Per molti versi, quando è nata in Italia, la comparazione è stata una piccola rivoluzione. Ha "stanato" il "vecchio" ed ha rappresentato il "nuovo".

24 Pascuzzi (2009).

25 Sulla distinzione tra sapere e abilità v. Pascuzzi (2013b).

26 Sacco (1992b) 216.

27 Nella lettera di invito redatta dagli organizzatori di questo convegno (dei professori Massimo Brutti e Alessandro Somma) si legge testualmente: « Prevale una visione del diritto come strumento di ingegneria sociale, di governo (ma non ci si chiede da quali forze ed interessi il potere di governo sia guidato, quali ideologie lo sorreggano). I fenomeni giuridici vengono spoliticizzati e decontestualizzati. La comparazione si risolve nella ricognizione di somiglianze e distinzioni tra forme astratte: tutto l'opposto di quel che serve ad un confronto vero tra realtà storiche individuate ». Affermazioni del tutto condivisibili nel senso che ho evidenziato nel testo.

Il destino del "nuovo" è quello di diventare "vecchio" per mero effetto del passaggio del tempo.

La comparazione deve diventare (o già è): una "disciplina" come le altre? Un sapere tra i tanti? La comparazione: deve adeguarsi ad una formazione basata sui settori scientifico-disciplinari?[28] Deve adeguarsi ad una organizzazione dipartimentale che punisce l'interdisciplinarità?[29] Deve adeguarsi a questo sistema di valutazione che sta generando conformismo uccidendo proprio l'innovazione e l'interdisciplinarità?[30] La comparazione giuridica deve diventare il formalismo e/o la dogmatica del XXI secolo? Il destino dei comparatisti è sgomitare per avere qualche credito in più per i propri insegnamenti nei corsi di laurea?

7. L'auspicio

Io penso che la comparazione debba continuare ad essere motore dell'innovazione:

- Rinunciando ai perimetri;
- Accogliendo gli apporti degli approcci innovativi;
- Coltivando l'interdisciplinarità;
- Segnalando i percorsi dell'innovazione (giuridica e non);
- Scardinando i paradigmi attuali della formazione del giurista;
- Portando alla luce del sole le scelte politiche che ci sono dietro ogni opzione giuridica.

Bibliografia

Cooter, Robert, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, Roberto Pardolesi, Thomas Ulen (2006), Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, Bologna

Gorla, Gino (1989), Voce Diritto comparato e straniero, in: Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. 11, Roma

28 Per approfondimenti Pascuzzi (2009).

29 Per approfondimenti Pascuzzi (2012), 111 ss.

30 Sui limiti del sistema italiano di valutazione della ricerca che crea conformismo v.: Sylos Labini (2016).

Pardolesi, Roberto (1992), Postfazione a Polinsky, Una introduzione all'analisi economica del diritto, in: Foro italiano, 117, 179–199
Pascuzzi, Giovanni (2009), L'insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane (aggiornamento dei dati: dicembre 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597022
Pascuzzi, Giovanni (2012), Una storia italiana. I settori scientifico-disciplinari, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 34, 91–121
Pascuzzi, Giovanni (2013a), La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica, Bologna
Pascuzzi, Giovanni (2013b), Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali, Bologna
Pascuzzi, Giovanni (2016) (a cura di), Il diritto dell'era digitale, Bologna
Sacco, Rodolfo (1980), Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo, in: Sacco, Rodolfo (a cura di), L'apporto della comparazione alla scienza giuridica, Milano, 241–253
Sacco, Rodolfo (1992a), Introduzione al diritto comparato, Torino
Sacco, Rodolfo (1992b), Che cos'è il diritto comparato, Milano
Sylos Labini, Francesco (2016), Rischio e previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi, Roma

Giorgia Pavani

El papel de la historia del derecho en la formación del "criptotipo centralista" en América latina

1. Premisa

Aceptando la invitación a fortalecer el enfoque "law in context" de la investigación, no solamente en términos abstractamente metodológicos, sino a través de un análisis concreto, lanzado por los coordinadores de esta obra, quiero proponer unas breves reflexiones sobre lo que se puede llamar "criptotipo centralista".[1] Este criptotipo caracteriza a algunos países latinoamericanos, sus raíces históricas, la opinión que la doctrina tiene de ello y finalmente su posible influencia en el tipo de Estado centralizado. Haré hincapié principalmente en la experiencia colombiana porque se trata de un excelente ejemplo de disociación entre el formante doctrinal y ese criptotipo centralista y también de resistencia-renuencia a la descentralización.

Si bien no sé hasta qué punto estas breves reflexiones puedan contribuir al debate sobre la colaboración entre historia del derecho y derecho comparado, seguramente profundizar en las raíces históricas de unos institutos jurídicos – prevalentemente del área del derecho administrativo – ha contribuido a modificar la metodología de las clases que vengo impartiendo desde hace algunos años, prevalentemente en Colombia,[2] y de las investigaciones

1 Aclaro, desde el principio, el significado del término « criptotipo », que los comparatistas utilizan junto a otro término, en razón de su interconexión: « formante ». La expresión « formante » se debe al comparatista Rodolfo Sacco: Sacco (1992) 42 ss., y con ella se hace referencia a las reglas legales, las proposiciones doctrinales y la jurisprudencia que representan los distintos sistemas que el jurista emplea para individualizar la norma en el caso concreto. Los criptotipos, al contrario, son formantes implícitos que influyen en la mentalidad del jurista. Ambos términos son fundamentales para romper con una comprensión del derecho basada en categorías monolíticas, que llevan el jurista a buscar « la sola verdad jurídica, la que tiene su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia »: Sacco (2005) 43.

2 Estas consideraciones nacen de la experiencia de docencia del módulo de « Régimen territorial comparado » en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Colegio

que acabo de coordinar con algunos colegas expertos de descentralización en América latina.[3]

Como muchos otros colegas, mi formación académica europea, experta en derecho público, con especial énfasis en las dinámicas de centralización y descentralización territorial, ha sufrido la influencia del modelo burocrático-administrativo napoleónico y de su circulación "por prestigio" también fuera de Europa.[4] A través de estas lentes, he mirado al tema de la descentralización en algunos Estados centralizados de América Latina como Colombia y Chile, en parte Perú y – hasta un pasado muy reciente – Ecuador y Bolivia. Sin embargo, estas dinámicas de circulación del modelo francés no respondían de forma completamente satisfactoria a la pregunta: « ¿por qué es tan resistente el cuño centralista en eses países? ».

He empezado entonces a buscar elementos útiles para contestar a esa cuestión en investigaciones que analizan el marco histórico de algunos fenómenos e institutos jurídicos. En particular, me ha llamado la atención una doctrina todavía poco difundida[5] pero muy útil para empezar a razonar en términos de "criptotipo centralista" y facilitar la comprensión o, al menos, interpretar mejor el fenómeno de la "renuencia a la descentralización" que se manifiesta en esos mismos países.

Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá y del módulo « Metodología de la Investigación », que comparto con Lucio Pegoraro, en el Doctorado en Derecho de la Universidad Libre, sede de Bogotá, además de varios seminarios y encuentros organizados también por otras Universidades del país y de unas experiencias más directas con los Órganos constitucionales (como mi – infecunda – audición frente al Senado de la Republica de Colombia en Octubre de 2010, antes de la aprobación de la Ley 1454 de 2011 – Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, con la cual se ha confirmado la voluntad de conservar la estructura unitaria del Estado).

3 Me refiero en particular al Proyecto de investigación « Las transformaciones del Estado unitario en América latina », coordinado con la dr. Liliana Estupiñan Achury de la Universidad Libre de Bogotá, cuyos resultados han sido publicado en el número monográfico 19/2016 de la Revista General de Derecho público comparado y despues en el volumen Pavani, Estupinan Achury (2017).

4 En un volumen sobre la organización del gobierno local, clasifico a los varios modelos en relación al que se puede considerar *el* modelo principal, es decir, el modelo francés: Pavani, Pegoraro (2006).

5 Estas reflexiones han sido inspiradas por la lectura de unos escritos del dr. Miguel Alejando Malagón Pinzón, al cual va mi agradecimiento por haber facilitado mi investigación con el conocimiento de la (escasa y muy recién) bibliografía sobre la verdadera raíz de unos institutos jurídicos en Colombia y América Latina.

Intentaré abarcar el tema con las herramientas del comparatista, es decir, analizando los formantes normativo y cultural, dando voz a una doctrina "contracorriente" y dando cuenta, al mismo tiempo, del aporte de otras ciencias, en particular, la historia del derecho y, más en general, la historia del área latinoamericana, que son fundamentales para comprender este fenómeno. En efecto, la historia del derecho « tiene una función sirviente – aún más importantísima – respecto de la finalidad principal de la comparación. En particular, en el sector del Derecho constitucional… sólo el estudio histórico puede iluminar las génesis y la evolución de los institutos, permitiendo evitar grandes malentendidos ».[6]

Corresponde al comparatista la difícil tarea de la síntesis entre vertiente normativa, jurisprudencial y cultural y, tal vez, de la interpretación del análisis hecho por otros estudiosos, basado en el derecho interno para sacar enseñanzas que puedan ser útil en la construcción y el desarrollo de las categorías. El comparatista debería cumplir con esta tarea observando desde afuera y en posición neutral el desarrollo histórico-jurídico de algunos institutos, entes, procedimientos y debería proponer una sistematización para las piezas del rompecabezas que encuentra en sus estudios.

En las próximas páginas intentaré deslumbrar algunas piezas del rompecabezas del modelo unitario de Estado (los formantes normativo y cultural) y propondré unas reflexiones que en esta sede solo pueden ser esbozadas, para que la sistematización de esas piezas sea más coherente con la historia de esos países.

2. Unas notas sobre las raíces (y las razones) históricas del centralismo

Según parte de los historiadores, hay algunos factores que distinguen el carácter social, económico y político de las sociedades latinoamericanas respecto de los países de tradición europea noroccidentales que fueron decisivos para la formación de las sociedades latinoamericanas. A pesar del diferente desarrollo de cada país y de sus peculiaridades, estos factores fueron relevantes a la hora de marcar lo que Claudio Véliz llama « el carácter "centralista" del orden social y político de los países de América Latina ».[7] Ese carácter

6 Pegoraro, Rinella (2017) en imprenta.

7 Son factores de carácter negativo, basado en la ausencia de: la experiencia feudal; un no conformismo religioso; algunas circunstancias consideradas a lo largo del tiempo como

centralista era presente en las colonias en la época preindustrial y, al contrario del fenómeno del centralismo que en Europa se caracterizaba por el igualitarismo y la industrialización (como resultado de las revoluciones industrial y francesa), en América latina presenta un carácter preindustrial y no igualitario.[8]

La idea de crear las Indias como estructura centralizada desde la metrópoli era muy clara desde principio,[9] pues hubo algunas épocas de mayor concentración de poder que facilitaron su desarrollo.[10] La organización centralista de la Corona de Castilla se transfirió a las Indias por medio de los conquistadores y aventureros que « cedieron paso rápidamente a administradores, abogados y jueces »[11] y construyeron un importante aparato burocrático de control que tampoco la breve experiencia liberal después de la independencia pudo cancelar.

Todo eso sucedió antes de la revolución francesa, de la afirmación del Estado de derecho y de la organización burocrática-napoleónica a la cual, también hoy, se remontan (a menudo erróneamente) varios entes públicos y actos/procedimientos administrativos estatales de varios países de América Latina.

Es sabido que, a pesar de la unión entre Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, fue el Reino de Castilla el que, históricamente, afectó a los territorios del Nuevo Mundo llamados Indias Occidentales.[12]

una contrapartida de la revolución industrial europea; los sucesos ideológicos, sociales y políticos asociados a la Revolución francesa. Según Véliz, estos factores concurren a la formación del carácter centralista, que se fundamenta principalmente en la tradición burocrática y racionalizante de cuño preindustrial acompañada por una cultura urbana preindustrial que ha permitido la interconexión entre el sector terciario y las instituciones y hábitos burocráticos: Véliz (1980) 6.

8 Véliz (1980) 7 s.

9 También está claro que América fue inventada por la España del siglo XVI (Maravall (1972) 7) y, aunque esto vale más en la América portuguesa, el Estado fue organizado « como si fuera una obra de arte, un acto de creación consciente y calculado »: Faoro (1976) 10.

10 Son tres los períodos que originaron el imaginario centralista español, según Claudio Véliz, entre ellos, el reinado de Isabel fue el más relevante para la política de centralización en América Latina. Véliz (1980) 46 ss.

11 Harry (1940) 1.

12 Principalmente: Levene (1924).

El derecho castellano se afirmó, en principio, como un derecho supletorio. Efectivamente, muchos de los aborígenes a los cuales se dirigía el derecho castellano, ya vivían dentro de fuertes organizaciones políticas – ej. los viejos imperios de los Aztecas y de los Incas[13] – « cuyas organizaciones, pasado el fragor de la conquista, convenía a los hombres del gobierno de España utilizar, en la medida de lo posible, al servicio de su política colonizadora ».[14] En principio, se respectaron entonces las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes que no parecían entrar en conflicto con los intereses estatales del colonizador. El derecho castellano, a pesar de su carácter supletorio, se aplicó y, en muchos casos, conllevó lo que los comparatistas llaman "crisis de rechazo", debidas al diferente ambiente geográfico, económico y cultural. Ese "cuerpo" hostil (el viejo derecho castellano) fue rechazado y hubo necesidad de dictar desde la Metrópoli unas normas jurídicas especiales, para resolver los problemas surgidos. Estas normas formaron lo que se llamó "derecho indiano".[15] Los historiadores que intentan valorar los aportes de la legislación indiana en la historia del Derecho público, hacen hincapié en la idea del « proto-constitucionalismo », es decir, el constitucionalismo anterior al constitucionalismo que todo el mundo reconoce en la promulgación de la declaración de los derechos de Virginia.[16]

13 La experiencia de los Incas es un eficaz ejemplo de utilización de la originaria organización adaptada a los fines de la administración hispánica: Levene (1924) 36.

14 Un intento de sistematización de las instituciones sociales, económicas y jurídicas de la América de habla española durante el periodo colonial se encuentra en Ots Capdequí (1986); en particular, el Autor recuerda el orden de prelación de las fuentes del derecho castellano establecido por el Ordenamiento de Alcalá de Henares: primero, « las leyes del propio Ordenamiento; a falta del precepto aplicable en el Ordenamiento, el Fuero Municipal, vigente en la ciudad de que se tratare; a falta del Fuero Municipal, el *Fuero Real* de Alfonso X, y a falta de precepto aplicable en el *Fuero Real*, el Código de las Siete Partidas », Id., 9–10, itálico en el texto. Una obra que contribuye a explicar « el grado de intensidad y frecuencia con que las formas aborígenes de organización social sirvieron de estructura terrígena a las más importantes instituciones del régimen colonial, y la influencia que este último a su turno haya tenido en la organización de la Republica » es la de: Hernández Rodríguez (1975).

15 Según la definición de Zorraquín Becu, el derecho indiano es « un sistema de leyes, doctrinas y costumbres, creado o aceptado por los reyes de Castilla, para organizar el gobierno espiritual y temporal del Nuevo Mundo hispánico, regular la condición de sus habitantes, dirigir la navegación y el comercio y, sobre todo, procurar la incorporación de los indígenas a la grey católica »: Zorraquín Becu (1994) 407.

16 Marquardt (2011) 25.

El conjunto de estas normas jurídicas se caracterizó, desde entonces, por una naturaleza « asimiladora y uniformista: se pretendió desde la Metrópoli, primero por los monarcas de la casa de Asturia, y más todavía por los de la casa de Borbón, estructurar la vida jurídica de estos territorios con visión uniformadora y tratando de asimilarlos a las viejas concepciones peninsulares ».[17]

Las mismas expediciones descubridoras – que tenían un carácter privado y correspondían a un esfuerzo individual – no impidieron la presencia del Estado español en los territorios, el cual dio a estos primeros descubrimientos un matiz centralizador. El título jurídico a la base de la expedición era la capitulación, es decir un contrato entre la Corona y el jefe de la expedición, así que los colonizadores actuaron siempre en nombre de la Corona de Castilla. Esa fuente del derecho se reveló pronto bastante uniforme en su aplicación y contribuyó a crear una normativa bastante homogénea, sobre todo en el tema de la regulación de la propiedad.[18]

En relación a la organización del gobierno y de la administración de los territorios, el carácter de la uniformidad se impuso por medio de una "burocracia profesional y política" que era el producto de una nueva época europea y de un nuevo tipo de Estado (el Estado-Nación, que había reemplazado a las precedentes formas organizativas de la época de la Edad Media). Oidores, Fiscales de las Audiencias, Escribanos y Oficiales de la Real Hacienda formaban una burocracia profesional, que actuaba junto a Virreyes, Gobernadores, Alcaldes, etc., nombrados por la Corona, que actuaban en el respecto de las leyes de las Indias. Estos sujetos conformaban una burocracia de tipo político: si bien, por una parte, se les concedieron amplísimas atribuciones, « se recortaron de otro lado estas atribuciones por medio de Instrucciones muy minuciosas a las cuales habían de ajustarse estrictamente en el desempeño de sus cargos respectivos ».[19]

Esta « gravitación centralista »[20] filtrada por medio de las estructuras político-administrativa españolas, sobre todo después de la implantación del

17 Ots Capdequí (1986) 12.

18 La tierra era entendida como "regalía", « por virtud del descubrimiento y de la conquista subsiguiente, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas, jurídicamente, como regalía de la Corona castellana »: Ots Capdequí (1959) 7.

19 Ots Capdequí (1986) 50.

20 Mariátegui (2007) 174.

régimen de Intendencias, se nota también en los Estados que optaron por el federalismo, extraño a la tradición española y a la ley colonial.[21]

Según parte de la doctrina, el antecedente de las autoridades intendenciales es español.[22] A pesar de su origen francés, estos se remontan a la instauración de los Superintendentes y en concreto a la creación de la Real Hacienda a fines de Siglo XVII.[23] Más tarde, con las reformas borbónicas, los Intendentes « se constituirán en los principales funcionarios comisionados por el monarca, serán los encargados de fomentar la política del centralismo real », a partir de la primera Intendencia que se estableció en Cuba, de acuerdo a la real instrucción del 31 de octubre de 1764. A dicha Intendencia fueron atribuidas competencias de hacienda y guerra.[24]

2.1 La presencia de los derechos extranjeros y los países « de moda »

Históricamente, con la asignación en el 1493 de los territorios a España y Portugal, el derecho de los países latinoamericanos ha sido afectado por los derechos extranjeros, lo cual se ha reflejado en la sistemología jurídica.[25] Los diferentes derechos extranjeros se han afirmado y han circulado en manera diferente entre ellos (por imposición, por prestigio, etc.). Esta superposición de derechos extranjeros ha alimentado la formación del criptotipo centralista.

En este sentido, el primer dato relevante es el ambiente hostil hacia la cultura iberoamericana que se generó en América latina en el siglo XIX. Después de la independencia, la hostilidad hacia todo lo que viniera de los países colonizadores fue grande. Portugal y, sobre todo, España fueron acusados de no haber traído al Nuevo continente la cultura (y los productos) de

21 Griffin (1962).

22 Pietschmann (1983).

23 En representación de esta doctrina véase: Bermejo Cabrero (1984) 4096. Sobre esta Institución véase también García Gallo (1987) 1002.

24 Malagón Pinzón (2007) 280.

25 La influencia del código civil francés determinó la afiliación de los países latinoamericanos a la familia de *civil law*, por lo menos, en todo lo que se refiere al derecho privado: David, Jauffret-Spinosi (2010). Al mismo tiempo, ha contribuido a situarlos en la periferia: Somma, A. (2015) 11 ss. En cambio, la influencia de los Estados Unidos ha sido considerable, inicialmente, en la recepción de institutos y modelos de derecho constitucional (como la forma de gobierno presidencial) y, sucesivamente, fuera del derecho público: Rosenn (1990).

la revolución industrial, las libertades individuales y los principios del constitucionalismo moderno. Por estas razones, la construcción de los Estados independientes se hizo bajo el pensamiento norteamericano y francés, a los cuales se miraba para olvidar y abandonar la herencia española y portuguesa y romper con el pasado colonial.[26] Solo varios años después, algunos ambientes culturales volvieron a mirar nuevamente a la Madre Patria, experimentando formas de colaboración y de desarrollo de prestigiosas Instituciones, como, por ejemplo, la Academia de la Lengua Española, creada en 1872 en Colombia con el propósito de « ayudar a la Academia madre…, cooperando con sus hermanas, fundadas ya o por fundar, a que se conserve su hermosa unidad, la lengua española en ambos continentes », afianzando así la cultura que había sido debilitada durante la época posterior a la Independencia.[27]

Desde la perspectiva jurídica, esa ruptura con el pasado colonial destaca, por un lado, en la frecuente imitación de la codificación europea y, por otro lado, en la adopción del modelo administrativo-burocrático napoleónico como forma de organización del aparato central y de su relación con las colectividades territoriales.

Alcanzada la independencia, para los Estados latinoamericanos fue indispensable dotarse de códigos para superar el derecho basado en las leyes para las Indias. Puesto que España y Portugal en esa época todavía no habían adoptado códigos civiles, el prototipo napoleónico fue fácilmente imitado en la mayoría de los casos.[28]

26 La literatura es inmensa, pero quiero recordar el cambio de perspectiva en el debate académico sobre la independencia propuesto por François-Xavier Guerra, quien hizo hincapié en un desarrollo de la revolución interno a la monarquía, más que una revolución inspirada en el liberalismo europeo y anglosajón: Guerra (1995). En una visión parecida: Bellingeri (2000).

27 Caro (1952) 93–94. Esa Academia fue la segunda por antigüedad después de la peninsular y, según el pensamiento de parte de la doctrina, fue la consecuencia de la llegada a Colombia del literato José María Gutiérrez de Alba que intentó difundir « el legado literario peninsular entre los criollos cultos de Colombia, con el fin de crear un sentimiento de proximidad entre los dos países »: Martinez (2001).

28 También el código alemán – basado en la doctrina de la Escuela Histórica y tan diferente de la idea que acompaña la codificación francesa – ha afectado profundamente la codificación de algunos Estados, como Brasil y Perú. Todas las codificaciones de los siglos XVIII y XIX pueden ser consideradas el producto natural de la tradición de Derecho civil, como

En relación al tipo de Estado, si se exceptúan unos Estados dotados de una organización federal en sus Constituciones, la mayoría de los Estados de América Latina acogieron el modelo territorial unitario caracterizado, conforme lo señala la doctrina en su fase napoleónica por: la generalización, homogeneidad y uniformidad del régimen municipal o territorial; la creación de un municipio o comuna por cada núcleo de población; el carácter electivo de las administraciones locales; la bipartición de funciones asignadas a las colectividades o entidades territoriales, entre funciones "propias" y funciones estatales "delegadas"; el establecimiento del departamento (provincia) o de un nivel intermedio de gobierno para efectos de control del Estado centro o de desconcentración; la instauración en dicho nivel de un prefecto, intendente, gobernador o representante del Estado o de Napoleón en los territorios, dotado por lo demás de diversos poderes de dirección y control, y el sometimiento de tutela de los órganos y actos de la administración local.[29]

Principalmente en el caso del modelo burocrático-administrativo, el dato histórico de la ruptura con el pasado colonial se ha convertido en una justificación para reconocer el modelo francés como "padre" de la moderna organización del Estado; justificación que se ha trasmitido de una generación de juristas a las siguientes.

Esta influencia del modelo francés en la organización del tipo de Estado, se inserta en un razonamiento más amplio sobre el papel jugado por los que se podrían denominar « países de moda » en el constitucionalismo moderno y en el nacimiento del derecho público. Una doctrina sostiene que hay un « bloqueador conceptual »[30] que ha afectado a los textos sobre historia constitucional tanto en América Latina como en Europa. Ese « bloqueador conceptual » ha contribuido a que la realización de los estudios sobre derecho constitucional comparado se centren en Inglaterra, Estados Unidos y Francia

lo recuerda Watson (1981) 14 ss., sin embargo las culturas francesa y alemana que inspiraron los códigos tienen raíces diferentes: Arnaud (1969).

29 Características identificadas, en un primer momento, por Eduardo García de Enterría y sistematizadas posteriormente por Luciano Vandelli en Vandelli (1992), 28 y ss.

30 Habla de un bloqueador conceptual Bernd Marquardt en su análisis sobre los defectos cualitativos de los textos de historia constitucional: Marquardt (2011) 11 ss.

« que realmente se han constituido en los tres "países de moda" en todo cuanto toque al constitucionalismo moderno ».[31]

La conocida consideración por la cual estos países dieron origen al control del poder político y fundaron el moderno derecho administrativo no es contestada tanto (y solamente) a nivel sustancial (§ 2.1.2), sino a nivel metodológico, por la falta (y el olvido) de los estudios históricos. La queja metodológica se basa en la tendencia a narrar una « historia de las ideas, sin ponerlas en contexto con las correspondientes circunstancias sociales, culturales y económicas ».[32]

Los principios bloqueadores, fruto de un reconocido « colonialismo cultural francés »[33] o – más en general y retomando la influencia de los tres países de moda –, de un influjo cultural euro-centrista, se irradiaron en la idea de la configuración del poder administrativo, de la responsabilidad extracontractual del Estado, etc.[34]

2.1.1 Influencia de los « países de moda » en el formante cultural

Este nexo con la cultura francesa se nota particularmente en los estudiosos de derecho administrativo, tanto en los manuales clásicos utilizados en la mayo-

31 Este bloqueador « ha impedido ver las tradiciones constitucionales y políticas de 191 de los 194 Estados actuales en el mundo, y se han subvalorado o menospreciado académicamente a países como los latinoamericanos, que en la segunda mitad del Siglo XIX fueron mucho más garantistas y más idealistas que dichos tres Estados de moda ». Así escribe Llinás Alfaro (2013) 25, retomando el pensamiento de Bernd Marquardt.

32 Llinás Alfaro (2013) 22. De la misma opinión, con un enfoque en la historia del derecho constitucional: Varela Suanzes-Carpegna (2008) 412 ss.

33 Malagón Pinzón, M.A., Gaitán-Bohorquez(2008) 166–170.

34 Sobre el caso de Colombia, un exponente de esta posición es el ex consejero de Estado profesor Libardo Rodríguez Rodríguez. Sus ideas se encuentran en Rodríguez Rodríguez (1999) 43 e (2016) 26 « recordamos que el derecho administrativo como nueva rama jurídica es una concepción francesa » y 34 « es claro que la evolución en nuestro país se ha presentado de manera similar a la estudiada [en Francia] con algunos años de diferencia. En consecuencia, también en nuestro medio la evolución del derecho administrativo coincide con la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa », el autor admite que « han existido y existen diferencias importantes entre el derecho administrativo colombiano y el derecho administrativo francés », pero conecta estas diferencias a la manera de entender las relaciones con el poder judicial.

ría de los cursos de las Facultades de Derecho, como en las (pocas) obras dedicadas a la descentralización territorial.[35]

En los manuales, habitualmente, se explica el origen del derecho administrativo (y de la administración pública) en el surgimiento del Estado de Derecho, según las bases ideológicas sentadas por la Revolución francesa y, precedentemente, por las Revoluciones inglesa y americana y se toman como referentes, en principio, las obras clásicas de los filósofos franceses, tal y como las obras de Maestros del derecho administrativos españoles que siguen esta tradición.[36] Así se radican los presupuestos para la realización de la disciplina y se aclara el aporte de la cultura francesa del derecho administrativo a la creación de la Administración pública en América Latina (« A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional de la división de los poderes »).[37]

Todo eso se encuentra explicado claramente en varios manuales; los colombianos son ejemplares, y este pensamiento es bien sintetizado por las palabras de Vélez García: « Funcional y objetivamente el derecho administrativo es una institución francesa. En términos generales puede decirse que su esencia radica, desde el punto de vista funcional, en la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial que conoce y resuelve las controver-

35 Representan perfectamente esta impostación cultural los estudios sobre el gobierno y la descentralización de Sandra Morelli en Colombia quien, en relación a su país, ha analizado cada uno de los rasgos del modelo de Estado unitario identificados, en un primer momento, por Eduardo García de Enterría y sistematizados posteriormente por Luciano Vandelli: Morelli (1991) y de Johnny Zas Fritz en Perù, quien analiza el ordenamiento territorial en seis países a la luz del modelo francés: Zas Fritz (2001).

36 Las razones son también de orden cultural: muchos de los autores de los manuales de derecho administrativo se formaron en cursos de doctorado europeos o también son discípulos de decanos que viajaron a Francia en una época en la cual no era posible acceder a las Universidades españolas debido a la falta de apertura del régimen franquista. Posteriormente, la doctrina española ha jugado un papel relevante en el desarrollo de esta tesis y ha influido mucho en la formación del cuerpo académico de varios países latinoamericanos; uno de los resultados de esta postura son las obras de García de Enterría (1998) e (1994), ese última es considerada la piedra miliar.

37 Así empieza el primer capítulo del Manual de García de Enterría, Fernández (2002) 28.

sias entre la administración y los administrados ».[38] Esta afirmación confirma el pensamiento según el cual el Consejo de Estado francés fue tomado como modelo para la creación de los órganos de justicia administrativa de estos países: « Sus tribunales, o mejor sus jueces, creados en Francia, por vía pretoriana o jurisprudencial, en conjunto de principios, normas y reglas que objetivamente se conoce como derecho administrativo ».[39]

Por cierto, los textos de la época revolucionaria y napoleónica que representan el fundamento normativo del derecho administrativo – empezando por la *loi des 16 et 24 août 1790* y el *décret du 16 fructidor an III* – llegaron al nuevo mundo llevando toda la ideología y todos los principios del Estado de derecho, triunfador frente a la monarquía absoluta, sin embargo no se radicaron en una tierra y en un suelo incontaminado. Esa tierra había vivido y sufrido trescientos años de dominación colonial y centralista, los cuales la marcaron, junto a sus frutos.

A pesar de este hecho histórico, en los manuales prevalece la justificación de la circulación del modelo francés y su imitación por prestigio; las referencias al antiguo régimen colonial (anterior a la Revolución francesa) son muy escasas.

En este sentido, merece ser recordado el razonamiento bloqueador de la doctrina citada: lo que bloquea y pone en entredicho las bases metodológicas de esta teoría clásica es « asumir que la evolución del derecho administrativo (y la responsabilidad del Estado) se ha dado exclusivamente en el orden cronológico ideal presentado por los tratadistas »,[40] ignorando varias instituciones e institutos jurídicos y políticos del derecho indiano que existían también a favor de los indígenas e ignorando también que algunos de ellos siguen existiendo.

Por cierto, la carga semántica que tienen estas instituciones jurídicas no es la misma en las diferentes épocas (colonial y del constitucionalismo moderno) y cambia según el contexto organizativo (las Indias y el moderno Estado de derecho). Por eso algunos institutos jurídicos del derecho indiano no se pueden comparar directamente con los de derivación francesa, pero, en

38 Vélez García (1994) 1. De nuevo con referencia al ejemplo colombiano, además de los autores ya citados, véanse, sobre todo: Vidal Perdomo (2016), en particular la primera parte “Nociones generales” 1 ss. y Younes Moreno (2014).

39 Younes Moreno (2014) 1.

40 Llinás Alfaro (2013) 38.

cambio, sí se pueden buscar, en el derecho indiano, los antecedentes de unos institutos jurídicos actualmente vigentes en América latina. Si se comparasen las instituciones en sí mismas, tendría razón quien afirma que

> dichas instituciones de la colonia española en América, si bien son unos *antecedentes remotos*, no son realmente un derecho administrativo, pues no existía la más mínima intención de conformar un cuerpo sistemático de normas que regularan la actividad estatal, que además fueran de obligatorio y efectivo cumplimiento para las mismas autoridades.[41]

Esta doctrina clásica parte de la premisa que en el Antiguo Régimen no existía derecho administrativo porque tampoco existían límites para los agentes del rey, ni la posibilidad para los súbditos de hacer valer sus libertades frente al soberano. Por eso, según los clásicos, no podía existir un principio de responsabilidad jurídica del Estado.

Al contrario, hay investigaciones que profundizan en el origen antiquísimo de las categorías jurídicas en el derecho medieval[42] e investigaciones sobre la organización jurídica y política de los territorios bajo la vigencia del derecho indiano que lo han vinculado al derecho administrativo y han demostrado que sí existía una forma de responsabilidad en la policía.[43] Según una doctrina, la policía representó una forma más "amplia" de control, siendo el método/instrumento utilizado por los religiosos para cristianizar a los aborígenes.[44] A finales del siglo XVIII se transformó en la forma más conocida de la civilización por parte de la Iglesia Católica.[45]

41 Rodríguez Rodríguez (2005) 294.

42 Un estudio prodrómico a los que presentamos en este § es lo de Villar Palasí, quien produce varios ejemplos de institutos jurídicos que no nacieron bajo la Revolución francesa, sino bajo el derecho común medieval: Villar Palasí (2001).

43 La revalorización de la policía en la determinación del Derecho Administrativo se debe al profesor español Parejo Alfonso, el cual afirma que « la "policía" constituye la primera denominación del Derecho Administrativo »: Parejo Alfonso (2011) 24.

44 Iluminante es la ley 89 de 1890 que ejecuta el Concordato con la Iglesia Católica y regula el *status* de los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada; la ley afirmaba que la Iglesia y el Gobierno colombiano eran los que determinaban la forma en que estas comunidades debían ser gobernadas. Solamente en el 1996 la Corte constitucional colombiana, con la sentencia C-139 (ponente Carlos Gaviria Díaz), declaró inexequible la ley, también por la terminología utilizada ("salvajes", "reducción a la civilización"…) que era contraria a los principios constitucionales.

45 Febre (1930) 5 ss.

2.1.2 Una lectura distinta al predominio cultural francés

Las revoluciones liberales y en particular la cultura liberal francesa tomada para desplazar todo lo que podía recordar a lo español no produjeron una ruptura, una solución de continuidad con el ordenamiento jurídico de varios países de América Latina, como por la mayoría de los tratadistas se ha pretendido sostener.[46]

Algunos institutos jurídicos, adscritos al área de derecho administrativo, tienen raíces más antiguas, como una doctrina todavía poco conocida ha demostrado por medio de análisis de las fuentes antiguas en el derecho colombiano (aunque no faltan ejemplos de otros países latinoamericanos).

Un exponente de esta corriente doctrinal es Malagón Pinzón, el cual toma como base la ciencia de la policía y su desarrollo en el derecho colonial español (derecho indiano) para demostrar que el derecho administrativo colombiano es mucho más antiguo de lo que la mayoría del los doctrinantes plantean en sus manuales.[47]

A través del estudio de las instituciones de control de la Colonia, el Autor propone una visión del derecho administrativo como un « proceso evolutivo que surge del derecho español y no como un fenómeno de generación espontanea que se produce en la segunda década del novecientos, cuando copia[ron] el modelo de control francés ».[48] La historia del derecho juega un

46 Malagón Pinzón (2007) 298. Más antiguo es un estudio de Viñas Mey (1993), cuya fecha exacta de edición no es cierta (alrededor de los años '40) y fue nuevamente publicado por la UNAM. La obra es citada en Llinás Alfaro (2013) 50 s., para comprobar que el régimen jurídico y político de las provincias españolas en América « tuvo como base y como propósito permanente, el sometimiento de las autoridades públicas, del Estado en sí mismo, a un régimen legal supremamente estricto… Así, se trataba de la sujeción del poder a lo que él llama muy abiertamente *Estado de Derecho*, el "*Staatsrecht americano*", por medio de la superioridad de las autoridades jurisdiccionales colegiadas, valga decir, de las Reales audiencias ».

47 En la misma línea de pensamiento se coloca el trabajo de David Llinás, el cual no aborda el tema de forma exclusiva desde la disciplina del derecho administrativo, sino también desde el derecho constitucional: véase Llinás Alfaro (2013).

48 La propuesta de su trabajo es que « se tome la ciencia de la policía como primera etapa en la que la administración pública se somete al derecho, como el primer momento de control sobre el poder. Esta subordinación « corresponde en nuestra evolución jurídica a la presencia histórica de España en América, que presenta un armazón de instituciones y figuras jurídicas dotadas de una autonomía ciertamente precaria, pero que a pesar de sus deficiencias permitieron la conformación de una administración pública sujeta a limites,

papel fundamental en esta tesis en la medida en que permite: primero, aclarar que la influencia del derecho público no ha sido exclusivamente francesa y, segundo, refutar el origen histórico de unos institutos jurídicos actualmente vigentes en Colombia y en otros ordenamientos latinoamericanos. La idea de que existían institutos jurídicos que permitiesen el control de las actividades de gobierno durante la época colonial es desarrollada también por otros autores, « prescindiendo de la consideración habitual según la cual es en Europa y Estados Unidos donde nacen las técnicas del control al poder político ».[49]

En relación al primer asunto, Malagón Pinzón, demuestra que unos de los principales hitos de la historia jurídica-pública colombiana no se nutrieron únicamente de la fuente francesa, sino en cambio de otras fuentes.[50] Sin negar la derivación del pensamiento galo de la mayoría de los conceptos fundamentales de varios textos constitucionales, el análisis de algunos documentos y hechos históricos ha permitido argumentar acerca de una reducida influencia francesa, como, por ejemplo: la denominada "Revolución de los Comuneros" de 1781 (debida a la subida de impuestos), a la cual se remota el inicio del moderno derecho público colombiano y que toma como base el pensamiento de la Escuela de Salamanca y del jesuita Francisco Suárez (por el cual el origen de la autoridad real reside en el pueblo); igualmente sigue el pensamiento español de la Escolástica el "Memorial de Agravios" de 1809 y la Revolución de 20 de Julio de 1810; los borradores de la Constitución de Angostura de 1819 y de la Carta Boliviana de 1826, tomado desde entonces, por la doctrina mayoritaria, como ejemplo de la influencia del pensamiento de Simón Bolívar únicamente por los ideales liberales de corte jacobino y napoleónico,[51] ahora refutado a favor de los ideales anglosajones y del Republicanismo exaltado por Maquiavelo (la traducción de su obra maestra – El Príncipe – ha llegado a América latina por una vía no totalmente compro-

tanto desde el punto de vista jurídico como político-social »: Malagón Pinzón (2007) 13–14.

49 Llinás Alfaro (2013) 17.

50 Malagón Pinzón (2007) 55 ss.

51 Es la visión de Restrepo Piedrahíta (1989) 12 relativamente al origen de la idea de Bolívar de Presidencia Vitalicia.

bada);[52] los fundamentos del movimiento político-cultural de la Regeneración de final del siglo XIX (que dio lugar a la Constitución de 1886), que la doctrina colombiana atribuye al pensamiento conservador que se originó en Francia con Napoleón III y que afectó a muchos ideólogos, políticos y conservadores en Hispanoamérica, resultan en cambio, de derivación del catolicismo español (la Iglesia Católica jugó un papel fundamental en el territorio; muchos religiosos españoles fueron importados en el país gracias a los regeneradores).

En relación al segundo asunto, solo pocos estudiosos han profundizado en el origen histórico de unos institutos jurídicos de derecho administrativo actualmente vigentes en América Latina o vigentes todavía en el siglo XIX, época del nacimiento – según varios estudiosos – del derecho administrativo en esta área.[53] En general, la idea del control de la actividad de la Administración Pública, según esta tesis, se remonta a la legislación de Indias y no a la influencia francesa que llegó unos siglos después. Los agentes de la Corona actuaban bajo unas normas jurídicas y estaban sometidos a controles por parte del "centro". Algunos institutos jurídicos resistieron a la incursión de la cultura revolucionaria liberal francesa, la cual no produjo una nítida ruptura con el pasado.

Entre ellos, merecen una mención particular algunos institutos jurídicos que permitían un control de la gestión de los agentes en América latina, como:[54]

– La Visita, que tiene su raíz en el derecho canónico (era un instrumento de vigilancia que ejercía el obispo sobre su diócesis). En las Indias las visitas existieron desde entonces: en principio fueron utilizadas para sancionar el funcionario que se portaba mal (con multas, suspensiones temporales o – muy raramente – definitiva de los oficios), más tarde fueron utilizadas para implantar nuevas políticas financieras (visita de José Gálvez en México de 1765 a 1771);[55] de control (visita de José García de León y Pizarro a Quito de

52 Parece que, antes de El Príncipe, fueron traducidas otras obras de Maquiavelo y llegaron a América latina inspirando el pensamiento de Bolívar. Sobre las traducciones de Maquiavelo véase: Maravall (2001) 44–45.

53 Además de Malagón Pinzón, al cual sigo haciendo referencia acerca de los detalles de los institutos jurídicos mencionados en este §, el otro estudioso colombiano que ha desarrollado esta tesis es David LLinas Alfaro.

54 Malagón Pinzón (2007) 199 ss.

55 Pietschmann (1996) 8.

1778 a 1784 para impulsar la creación del Tribunal de Cuentas[56]). En el siglo XIX, la visita empieza ser utilizada por los Prefectos (un instrumentos de control del derecho castellano "prestado" a un órgano de la burocracia francesa).

– El Juicio de Residencia – que en algunos casos se confundió con la visita[57] – se remonta al Imperio romano de Oriente (era un instrumento de control que obligaba al funcionario público a quedarse un tiempo en el lugar donde había ejercido sus funciones para contestar a eventuales denuncias civiles y criminales a su cargo).[58] En las Indias se aplicó a todos los Agentes de la Corona, en particular a los funcionarios de territorios de ultramar como Cuba, Puerto Rico, para vigilar la responsabilidad atada al cargo público. El Juicio de Residencia se aplicó hasta finales de siglo XIX, cuando fue sustituido con el juicio de responsabilidad (que es un juicio político importado de las prácticas y leyes francesas, inglesas y norteamericanas).[59] En la actualidad sobrevive en Argentina, en la Constitución de la Provincia de Tierra de Fuego, implementada por una ley de 2004.

– El Juicio de Cuentas, que afectaba a los funcionarios que hubieran tomado parte en la recaudación, administración o inversión de la Real Hacienda; en las Indias se aplicaba regularmente desde la mitad del siglo XVI[60] y con la Real Cédula del 24 de agosto de 1606 se crearon los Tribunales de Cuentas en Lima, México y Santa Fe.[61] El Juicio de Cuentas sobrevivió en los siglos XIX y XX y se aplicó por parte de varios órganos que reemplazaron los Tribunales de Cuentas, como demuestra el caso colombiano que cuenta con varios cambios de órganos (Contaduría General de Hacienda, Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales…) hasta 1923, cuando con la Misión Kemmerer se creó la Contraloría General de la República, una institución falsamente inspirada en el modelo francés de control, pero en cambio traída del derecho norteamericano. Entonces, una institución que se inserta en la ola de influencia del pensamiento norteamericano en el derecho administrativo colombiano (junto al Banco de la República y la Superintendencia

56 Otros ejemplos de visitas pero infructuosas son indicadas en Malagón Pinzón (2007) 203–205.

57 Céspedes del Castillo (1946) 986 y Angeli (2012) *passim*.

58 Mariluz Urquijo (1952) 6.

59 Malagón Pinzón (2007) 217–218.

60 Mariluz Urquijo (1952) 428–429.

61 Para profundizar en el tema: Lucena Salmoral (1962) 958 ss.

Bancaria) sustituye a una institución heredada por el régimen español (el tribunal de Cuentas).[62]

– Los Recursos, que eran aplicados en las Indias, como el Recurso de Amparo o el Recurso de Agravios con los cuales los individuos podían apelarse a las Autoridades eran peticiones que se presentaban ante el Virrey para obtener la suspensión del acto reclamado o la reparación de los perjuicios sufridos.[63] En particular, los litigios o quejas, en mayoría relativos a conflictos de tierra y de agua, planteados por individuales o por grupos de indígenas contras las Autoridades en la gran Nueva España y en la Nueva Granada fueron estudiados por destacados historiadores.[64] Tras estudios de casos, hay quien esboza la existencia de un amparo colonial y sostiene que son considerados realmente antecedentes del (más) moderno Juicio de Amparo mexicano o de la Acción de Tutela colombiana.[65]

3. Disociación entre el formante doctrinal y el criptotipo centralista

He decidido dar voz a una doctrina contracorriente para hacer hincapié en la disociación entre el (prevalente) formante doctrinal y el criptotipo centralista que intentamos deslumbrar tras las citas de instituciones y institutos jurídicos que tienen una historia mucho más antigua de la que habitualmente se aprende en los manuales universitarios.

Retomando las enseñanzas del "inventor" de la expresión « formantes », recordamos que dicha expresión se utiliza para indicar los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, dentro del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un determinado lugar y en un determinado tiempo. Generaciones de juristas aprendieron que en razón del principio de "unicidad de la regla del Derecho", la regla legal, la regla doctrinal y la regla jurisprudencial tienen el mismo contenido y que son, por eso

62 Precisamente en este punto, Malagón Pinzón contesta a dos autores (Iván Duque Escobar y Diego Younes Moreno) la derivación francesa del Tribunal de Cuentas: Malagón Pinzón (2007) 246–247.

63 Una de las primeras referencias al recurso de agravios como origen del control de la Administración Pública en Colombia se encuentra en Becerra López (1987) 176.

64 Principalmente: Borah (1996).

65 Lira Guillén (1972) 35 y Burgoa (1997) 99. Véase también la sección de quejas del Archivo General de la Nación en Bogotá que contiene un compendio de reclamos de toda clase contra las autoridades públicas (www.banrepcultural.org, acceso reservado).

mismo, intercambiables. Esto no es cierto en las investigaciones de derecho comparado porque los formantes, en el interior de cada sistema, se comportan de manera distinta.

El comparatista tiene que distinguir los formantes principales según su papel, poner atención a las relaciones entre los formantes « activos » y otros no verbalizados (los criptotipos) que conjuntamente componen los ordenamientos y, finalmente, valorizar el derecho viviente (*law in the book and law in action*…).[66]

Formantes y criptotipos son elementos que permiten aclarar el contesto en el cual se inserta una investigación jurídica; en particular, los criptotipos son los elementos a los cuales el comparatista tiene que referirse para una mayor percepción de la realidad.[67] Los criptotipos son entonces los formantes no formulados en modo expreso,[68] que Sacco identifica en aquellos modelos implícitos que están presentes en los diversos sistemas jurídicos y que actúan de modo penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas. Estos formantes se perciben y se transmiten entre las generaciones de juristas y « asumen, para quien les utiliza, el carácter de cosa "obvia" ». Es por eso que para un jurista que pertenece a un sistema determinado « es bastante difícil en librarse del conjunto de "criptotipos" presentes en su sistema, que en abandonar la regla de la que está plenamente consciente ».[69] Tal dificultad, recuerda Sacco, es debida al hecho de que la « sujeción a los 'criptotipos' constituye la 'mentalidad' del jurista de un determinado país; y la diferencia de mentalidad representa el principal obstáculo a la comprensión entre juristas de procedencia territorial diferente, algo que solamente se puede obviar con el ejercicio de la comparación a nivel sistemático e institucional ».[70]

Es exactamente en esta *forma mentis* que quiero hacer hincapié para sentar algunas preguntas de carácter metodológico e histórico, fruto de la observación "desde afuera", hecha por parte de una comparatista europea que necesariamente analiza un contexto extranjero desde lejos (puesto que el derecho

66 Pegoraro, Rinella (2017) en imprenta.
67 Percibir la realidad en sí misma, en su efectividad: Bognetti (1994) 25.
68 Son los formantes no verbalizados, que no pertenecen al derecho positivo. El nombre deriva del griego *kryptòs*, escondido, y *týpos*, seña.
69 Pegoraro, Rinella (2017) en imprenta.
70 Sacco (1992) 128.

comparado está todavía poco difundido en América Latina y no hay estudios que hayan abarcado este tema desde la perspectiva de la comparación a nivel sistemático e institucional evocada por Sacco). Esta perspectiva alejada y sectorial – fruto del estudio de disciplinas distintas, como la historia, la historia del derecho, la ciencia política, el derecho administrativo y constitucional – ha permitido aclarar este elemento no verbalizado, pero ni siquiera mencionado en los estudios que he podido consultar.

Razonamos por puntos:

1) Los historiadores y los estudiosos de ciencias sociales han demostrado la existencia de una cultura centralista de corte latinoamericano (§ 2) que tiene raíces antiguas y diferentes de la cultura "centralizadora" de derivación napoleónica. Esa cultura centralista parece ser ignorada o, por lo menos, olvidada por parte de la doctrina iuspublicista cuando se enfrenta a la tarea de escribir manuales de derecho público o trabajos sobre las perspectivas de descentralización de algunos países nacidos bajo la egida del Estado unitario. Algunos constitucionalistas utilizan el termino criptotipo pero en un sentido general, para referirse a la cultura centralista que ha aflorado cada vez que el Estado (colombiano) ha adoptado una reforma constitucional.[71]

2) En relación al origen de la responsabilidad del Estado y, en general, del derecho administrativo, desde el principio, hubo una visión diferente entre historiadores y juristas. Para los primeros, es bastante claro que la idea de responsabilidad del Estado se remonta a una época precedente al Estado moderno de derecho, pero ellos no han aplicado esta visión a estudios de institutos jurídicos específicos. En cambio, los juristas (en particular los estudiosos de derecho administrativo), como hemos visto, han tomado los resultados ya confeccionados y muy pocos han profundizado en el Derecho indiano y lo han vinculado con el derecho administrativo.

3) El formante doctrinal se ha desarrollado entonces bajo la influencia de algunos « países de moda », en particular, bajo la cultura francesa que dio un aporte inmenso a la creación del derecho público en América Latina, a la organización de la Administración pública y de las relaciones entre el Estado y sus entes territoriales.

71 El mérito de esta doctrina es de haber hecho referencia a las enseñanzas del derecho comparado en los estudios de derecho interno sobre la descentralización: Estupiñan (2012).

Esta influencia tiene un *carácter de evidencia* que se ha reflejado en la actividad didáctica, en los manuales universitarios, en las investigaciones, etc.

Así las cosas, se podría reconocer en esta influencia francesa, un modelo implícito, un criptotipo centralista que actúa « de modo penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas » y que ha alimentado la doctrina de esta visión del centralismo de derivación napoleónica. Es un elemento tan evidente y "metabolizado" en la cultura jurídica de estos Estados que ni siquiera se menciona como elemento peculiar, sino se da por hecho que así sea. Por otra parte, « cuando más un criptotipo tiene carácter general, es más difícil darse cuenta de su existencia, hasta el caso extremo donde el mismo es el marco conceptual del sistema »[72] … y esto parece ser el caso de la influencia francesa en el derecho público latinoamericano.

4) Sin embargo, si razonamos en perspectiva histórica – y la perspectiva comparada es un enfoque histórico por excelencia – cada modelo es cierto si concretamente ha existido y tiene la misma legitimidad que los actuales.[73] El derecho indiano, en esta perspectiva, puede considerarse un modelo histórico; este modelo histórico ha seguido influenciando institutos jurídicos vigente hoy y ha contribuido a determinar una "preferencia" de la centralización del poder que hasta ahora se ha atribuido solo a la influencia francesa.

Así se puede pensar que el enfoque cognitivo ha puesto de manifiesto un modelo poco conocido o, por lo menos, un modelo que ha sido estudiado aisladamente, desde la perspectiva histórica, sin conexiones con el estudio concreto de institutos jurídicos en perspectiva diacrónica.

Como recuerda la doctrina, cuando ya han surgido, estos mismos modelos pueden situarse « en oposición con los formantes verbalizados ».[74] El formante doctrinal se ha basado hasta la fecha en la visión centralizadora francés y, con esta visión, se ha conectado con los demás formantes, en particular con el formante legislativo. Efectivamente, no se ha verificado una "disociación entre formantes", sino una circulación, una convergencia entre los dos formantes que se nota en la regulación de procedimientos administrativos o, más en general, a la hora de regular las relaciones entre el Estado central y sus entes territoriales.

72 Sacco (1992) 128.
73 Sacco (1992) 50–51.
74 Scarciglia (2006).

Me parece entonces que hay un choque entre el formante doctrinal y este modelo o, quizás, un "malentendido" en la noción – y derivación – del criptotipo centralista que no es totalmente exclusivo de la cultura francesa, sino tiene raíces más antiguas.

4. Criptotipo centralista y "renuencia a la descentralización". Primeras reflexiones

La doctrina "contracorriente" de derecho administrativo examinada en este breve ensayo ofrece algunos elementos para afrontar la cuestión y poner en duda el papel jugado por este (renovado) criptotipo en la "renuencia a la descentralización" que afecta a algunos Estados unitarios en su intento de descentralizar el poder, pero también a otros Estados latinoamericanos que se caracterizan por un federalismo que a menudo choca con una tendencias centrípetas en varias políticas estatales.

El pensamiento de la doctrina citada en las paginas precedentes, permite también cuestionar el papel jugado por este (renovado) criptotipo en la "renuencia a la descentralización" que afecta a algunos Estados unitarios latinoamericanos en su tentativa de descentralizar el poder. Me refiero a la resistencia cultural a los intentos de descentralización perseguidos (y a menudo no realizadas) en la mayoría de los Estados latinoamericanos que nacieron bajo la egida del modelo unitario.

Como recuerda Mariátegui en un escrito sobre Perú que lleva varios años, pero resulta ser muy actual y se puede aplicar a otros países, los intentos de descentralización no se adaptaron bien a las costumbres locales: « Las formas de descentralización ensayadas en la historia de la república han adolecido del vicio original de representar una concepción y un diseño absolutamente centralistas. Los partidos y los caudillos han adoptado varias veces, por oportunismo, la tesis de la descentralización. Pero, cuando han intentado aplicarla, no han sabido ni han podido moverse fuera de la práctica centralista ».[75]

Un centralismo que, lo repetimos, es fruto de una superposición de derechos extranjeros, se funda en la vasta influencia francesa, pero también no puede dar al traste con trescientos años de dominación y construcción cul-

75 Mariátegui (2007) 174.

tural. Un centralismo derivado de una « hibridez de influencias y de mestizaje [que] construyó el ordenamiento territorial del siglo XIX. Una decisión influenciada por los trescientos años de dominación colonial, el mestizaje de las instituciones coloniales con las autóctonas y negras y la indudable influencia norteamericana y europea francesa ».[76]

Un centralismo que se nota a la hora de poner mano a la organización territorial de estos Estados y dar ejecución a sus nuevos textos constitucionales que contemplan conjuntamente el principio unitario y la descentralización.[77] América Latina, vive un proceso de "transformación o reacomodamiento" del Estado unitario, imposible describirlo bajo los rasgos rígidos del siglo XIX y XX y las taxonomías clásicas (formadas por criterios exclusivamente jurídicos) que giran en torno a la contraposición "Estado unitario-Estado compuesto". La idea de centralismo que estamos tratando no se corresponde plenamente con la visión del modelo de Estado unitario heredado de la cultura europea.

Quizás este trato centralista represente la real resistencia a los procesos de descentralización y sea mucho más fuerte que la cultura centralizadora de corte francés, adquirida por recepción voluntaria de un modelo extranjero.

Efectivamente, los rasgos del modelo francés delineados por la doctrina que más ha influido en el formante doctrinal se han reflejado en la organización territorial de Estados como Bolivia, Ecuador, Colombia, Chile, Perú, que si bien retoman en sus textos constitucionales el modelo territorial unitario, también es cierto que han desarrollado el principio de unidad de forma distinta, conforme a su historia y condiciones sociales, económicas y políticas.

Algunos de los elementos típicos del modelo francés vacilan en dichos países, donde la presencia de la huella francesa-napoleónica de la organización centralizada del poder se ha difundido con matices diferentes.

76 Pavani, Estupiñán Achury (2016) 15.

77 El tema es interesante desde la perspectiva lingüística de las auto-calificaciones de los textos constitucionales, útiles para un encuadramiento básico de las principales características del Estado (laico/confesional; monarquía/república; etc.), pero insuficiente para comprender la real naturaleza del ordenamiento según los elementos clásicos del metalenguaje jurídico. La mayoría de las Constituciones latinoamericanas define la forma de Estado como unitaria, aunque tienen un mandato hacia la descentralización. Sobre el tema remitimos a Pegoraro (2001) 383 ss.

El más resistente parece ser el nivel intermedio de gobierno que en Colombia, Chile y Perú sigue identificándose con el arquetipo francés del departamento, caracterizado, en principio, por la ausencia de poder político o legislativo y, en algunos casos, impide la realización de las tendencias centrífugas hacia la descentralización que se pretendía realizar con las reformas constitucionales y/o legislativas.

Pero no siempre es así: en Bolivia se ha pasado de una visión que entendía a los departamentos como ejecutores de políticas expresión del Estado central, a la de entes potencialmente capaces de definir políticas propias y de administrar su territorio. Además, los departamentos han representado el terraplén de diferentes luchas políticas en favor de la autonomía (ya sea por parte del Mas o por parte de la Media Luna). Las regiones, creadas para contraponerse (políticamente) a los departamentos, resultan, en cambio, menos autónomas. En el caso boliviano, el ente símbolo del arquetipo de la desconcentración francesa-napoleónica se ha transformado en un ente más parecido a las Regiones de los Estados regionales europeos.

Una ruptura se nota también en relación al principio de *uniformité* (es decir de generalización, homogeneidad y uniformidad del régimen municipal o territorial), expresión del principio de *egalité* conquistado con la revolución francesa, que se ha concretado en la creación del Municipio, como ente más cercano a los ciudadanos. El elemento más representativo de la construcción teórica del Estado unitario, falta prácticamente en cada uno de los Estados mencionados, con una prevalencia en Bolivia y Ecuador, donde el principio de unidad no equivale a la homogeneidad que caracterizaría a los Estados unitarios, al menos desde el discurso clásico, sino a la cohesión necesaria para realizar el proceso de integración de Estado basado en la autonomía.

En estos países, la presencia de comunidades originarias – a las que se aplica, con varios matices, un derecho particular – se ha transformado en un elemento clave de contraposición al paradigma de la soberanía clásica de origen occidental-liberal, basado en un concepto de pluralismo/multiculturalismo de "asimilación" y no de integración. El paradigma de la soberanía clásica ha sido transpuesto en los Estados latinoamericanos también por medio de la adopción de la forma unitaria del Estado y ha permitido un control de la población indígena, por parte de la mayoría de cultura diferente. La nueva ola de constitucionalismo, con el reconocimiento en los textos constitucionales de los derechos de las poblaciones indígenas (y de

sus territorios) y la afirmación del Estado "intercultural", propicia una ruptura con este paradigma y genera una crisis en las categorías clásicas de la organización del Estado, según las reglas de las relaciones entre centro y periferias y Estado-ciudadanos, de derivación europea-occidental.

Parece que se esté concretando el pensamiento de Mariátegui sobre un nuevo regionalismo que no es solamente el fruto de la contraposición al centralismo del que estamos hablando, sino « Es una expresión de la conciencia serrana y del sentimiento andino. Los nuevos regionalistas son, ante todo, indigenistas. No se les puede confundir con los anti-centralistas de viejo tipo. Valcárcel percibe intactas, bajo el endeble estrato colonial, las raíces de la sociedad ».[78]

Sin embargo, el análisis puntual de las competencias entregadas a los entes territoriales y de su concreta actuación por parte de los mismos ofrece un resultado muy poco satisfactorio acerca del verdadero nivel de descentralización en eses países andinos.[79]

Entonces, el modelo unitario implantado en el Siglo XIX parece vacilar en sus elementos constitutivos, pero igualmente persiste una forma de resistencia a los procesos de descentralización y un nexo con una cultura centralista muy profunda. Aparentemente, Estados como Bolivia y Ecuador parecen alcanzar un proceso de descentralización, pero con características muy peculiares y conectadas con un nuevo paradigma de Estado unitario.

Una rápida panorámica ofrece entonces diversas tendencias del Estados unitarios en América Latina, algunos más descentralizados, otros con tendencia a la desconcentración pero con importantes procesos de regionalización, otros en evidente proceso de recentralización, e incluso, unos pocos con desarrollo del principio de autonomía territorial. Colombia y Perú desarrollan un Estado unitario con tendencias hacia la descentralización; Chile, por su parte, presenta un proceso interesante de regionalización, todavía en un estadio inicial en Colombia y Perú, pero aún marcado por la tendencia desconcentradora, que espera transformarse con una futura reforma constitucional de gran calado en materia territorial.[80]

78 Mariátegui (2007) 179.
79 Remitimos a los artículos publicados en el número 19 de 2016 de la Revista General de Derecho Público Comparado.
80 Pavani, Estupiñán Achury (2016) 15.

No sirven para mucho los intentos de "ingeniería legislativa (y constitucional)" de modificación de la organización territorial si no se da realmente cuenta de la historia de estos países y del origen del centralismo que los bloquea desde entonces.

Bibliografía

Angeli, Sergio (2012), El juicio de residencia: documento inicial para la reconstrucción de la vida social y profesional de los oidores americanos (siglo XVI–XVIII), en: Revista Electrónica de Fuentes y Archivos, 3

Arnaud, André Jean (1969), Les origines doctrinales du Code civil français, Paris

Becerra López, Luis (1987), Apuntamiento de derecho administrativo colombiano, Santa Marta

Bellingeri, Marco (2000), Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano, 1824–1834, en: Bellingeri, Marco (coord.), Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional: representación, justicia y administración en Iberoamérica, siglos XVIII–XIX, Torino, 1–13

Bognetti, Giovanni (1994), Introduzione al diritto costituzionale comparato, Torino

Borah, Woodrow (1996), El Juzgado General de Indios en la Nueva España, México

Brewer-Carrías, Allan R. (2006), Democracia participativa, descentralización política y régimen municipal, en López Olvera, Miguel Alejandro, Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coord.), Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica, México, 273–294

Burgoa, Ignacio (1997), El juicio de amparo, México

Bermejo Cabrero, José Luis (1984), Superintendencias en la Hacienda del antiguo Régimen, en: Anuario de Historia del Derecho Español, 54, 409–448

Caro, Miguel Antonio (1952), Ideario hispánico, Bogotá

Céspedes del Castillo, Guillermo (1946), La visita como institución indiana, en: Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, 3, 986–993

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille (2010), Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, México

Estupiñan Achury, Liliana (2012), Desequilibrios Territoriales. Estudio sobre la Descentralización y el Ordenamiento Territorial colombiano. Una mirada desde el Nivel Intermedio de Gobierno, Bogotá

Faoro, Raymundo (1976), Os Donos do poder. Formaçao do patronato político brasileiro, 3. ed., Porto Alegre

Febre, Lucien (1930), Civilisation. Évolution d'un mot et d'un groupe d'idées, en: Febre, Lucien (1930), Civilisation. Le mot et idée, Paris, 1–55

García de Enterría, Eduardo (1998), Revolución Francesa y Administración contemporánea, Madrid

García de Enterría, Eduardo (1994), La lengua de los derechos. La formación del derecho público tras la Revolución Francesa, Madrid
García de Enterría, Eduardo, Fernández Tomas-Ramon (2002), Curso de Derecho Administrativo, Madrid
García Gallo, Alfonso (1987), Sobre las Intendencias en Indias, en: García Gallo, Alfonso, Los origines españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano, Madrid, 1002–1036
Griffin, Charles C. (1962), El período nacional en la historia del Nuevo Mundo, México
Guerra, François-Xavier (1995), Las revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español, vol. 93, Madrid
Hernández Rodríguez, Guillermo (1975), De los Chibchas a la colonia y a la República: del clan a la encomienda y al latifundio en Colombia, Bogotá
Levene, Ricardo (1924), Introducción a la historia del derecho indiano, Buenos Aires
Llinás Alfaro, David Ernesto (2013), Estado indiano, Estado responsable, Bogotá
Lira Guillén, Andrés (1972), El Amparo colonial y el juicio de amparo, México
Lucena Salmoral, Manuel (1965), Creación del Tribunal de Contadores de Cuentas, en: Boletín Cultural y Bibliográfico, 5, 958–961
Malagón Pinzón, Miguel Alejandro (2007), Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Bogotá
Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, Julio César Gaitán-Bohorquez (2008), Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho administrativo colombiano, en Universitas, 115, 161–178
Maravall, José Antonio (1972), Estado moderno y mentalidad social, Madrid
Maravall, José Antonio (2001), Maquiavelo y maquiavelismo en España, en: AA. VV., Estudios de Historia del pensamiento español, vol. 3, Madrid, 41–76
Mariátegui, José Carlos (2007), Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, 3. ed., Caracas
Mariluz Urquijo, José María (1952), Ensayo sobre juicios de residencia indianos, Sevilla
Marquardt, Bernd (2011), Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810–2010), Bogotá
Martinez, Frédéric (2001), El nacionalismo cosmopolita. La referencia europea en la construcción nacional en Colombia, 1845–1900, Bogotá, https://doi.org/10.4000/books.ifea.2819
Morelli, Sandra (1991), La revolución francesa y la administración territorial en Colombia. Perspectivas comparadas, Bogotá
Ots Capdequí, José Maria (1959), España en América. El régimen de tierras en la época colonial, Buenos Aires-México D.F.
Ots Capdequí, José Maria (1986), El Estado español en las Indias, México D.F.
Parejo Alfonso, Luciano (2011), Lección de derecho administrativo, Valencia-Bogotá

Parry, John H. (1940), The Spanish Theory of Empire in the Sixteenth Century, Cambridge
Pavani, Giorgia, Liliana Estupiñan Achury (2016), Mutaciones del Estado unitario en América Latina. Nuevos rasgos metodológicos para el estudio de los procesos de descentralización, en: Revista General de Derecho Público Comparado, 19, http://176.9.141.75/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=19&id=14
Pavani, Giorgia, Liliana Estupiñan Achury (2017), Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina, Universidad Libre, Bogotá
Pavani, Giorgia, Lucio Pegoraro (2006), (a cura di) Municipi d'occidente. Il Governo locale in Europa e nelle Americhe, Roma
Pegoraro, Lucio (2001), Federalismo, regionalismo, descentralización. Una aproximación semántica a las definiciones constitucionales y doctrinales, en: Pensamiento Constitucional, 8, 383–398
Pegoraro, Lucio, Angelo Rinella (2017), Derecho constitucional comparado, vol. 2, Sistemas constitucionales, Buenos Aires (en imprenta)
Pietschmann, Horst (1983), Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las Intendencias, en: Anuario de Estudios Americanos, 60, 405–420
Pietschmann, Horst (1996), Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España. Un estudio político administrativo, México
Restrepo Piedrahíta, Carlos (1989), El síndrome del presidencialismo en Colombia, Bogotá
Rodríguez Rodríguez, Libardo (1999), Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia, Bogotá
Rodríguez Rodríguez, Libardo (2016), Derecho administrativo general y colombiano, Bogotá
Rodríguez Rodríguez, Libardo (2005), La explicación histórica del Derecho Administrativo, en: Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz, vol. 1, Derecho Administrativo, México
Rosenn, Keith S. (1990), The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation, in: University Miami Inter-American Law Rev, 22, 1–39
Sacco, Rodolfo (1992), Introduzione al diritto comparato, Torino
Sacco, Rodolfo (2005), Introduzione al diritto comparato, 6. ed., Torino
Scarciglia, Roberto (2006), Introduzione al diritto pubblico comparato, Bologna
Somma, Alessandro (2015), Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine, in: Polotto, Maria Rosario, Thortsen Keiser, Thomas Duve (a cura di), Derecho Privado y Modernización. América latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt M., 11–46
Torres, Manuel (1933–1934), Lecciones de historia del derecho español, Salamanca
Vandelli, Luciano (1992), El poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones, Madrid

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2008), Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional, en Teoría y Realidad Constitucional, 21, 411–425

Vélez García, Jorge (1994), Los dos sistemas del derecho administrativo, Bogotá

Véliz, Claudio (1980), The Centralist Tradition of Latin America, Princeton, https://doi.org/10.1515/9781400857302

Vidal Perdomo, Jaime (2016), Derecho Administrativo, 14. ed., Bogotá

Villar Palasí, José Luis (2001), Técnicas Remotas del Derecho Administrativo, Madrid

Watson, Alan (1981), The Making of the Civil Law, Cambridge

Younes Moreno, Diego (2014), Curso de Derecho Administrativo, Bogotá

Zas Fritz, Johnny (2001), El Sueño Obcecado. La descentralización política en la América andina, Lima

Zorraquín Becu, Ricardo (1994), Hacia una definición del derecho indiano, en: Revista de Historia del Derecho, 22, 7–49

Giovanni Poggeschi

Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto

1. Il perché di una comparazione

Rodolfo Sacco, maestro di diritto, comparatista e fondatore dell'antropologia giuridica in Italia, invita alla lettura di classici della linguistica, per capire i nessi fra essa ed il diritto. Relativamente alla disciplina da lui introdotta in Italia, reputa necessario « domandare alle scienze limitrofe di imprestarle qualche arma e offrirle qualche esempio ». La scienza che più merita attenzione è appunto la linguistica, che ha raccolto dati e ottenuto i risultati meno controvertibili e che può dunque « servire alle scienze sorelle per qualche utile controllo o per qualche prestito ».

In cosa può essere utile la linguistica per lo studioso del diritto (e per altri)? Innanzitutto « la linguistica pratica con successo il criterio spaziale; esso consente di ricavare elementi, in tema di origine e diffusione dei modelli, della loro attuale collocazione geografica. Non è detto che quest'approccio non possa servire all'antropologo », e, aggiungo semplicemente io, anche al giurista antropologo, al comparatista ed allo storico del diritto. In secondo luogo

> la linguistica non è tentata da un'idea per cui l'innovazione linguistica (ad es. la prima rotazione consonantica delle lingue germaniche) presupporrebbe a monte un bisogno extralinguistico – un valore politico, un ideale etico o di giustizia, un adempimento religioso, un suggerimento della ragione –. Ciò l'ha cautelata contro il pericolo di vedere nel succedersi delle mutazioni l'accumulo di conquiste culturali procedenti in una direzione univoca, donde verrebbe una graduatoria di merito fra le soluzioni che più hanno avanzato, e quelle rimaste più arretrate, in questa linea di progresso. In modo parallelo, la linguistica non è indotta in tentazione dall'ideologia.[1]

1 Sacco (2007) 27–28.

Se il diritto può sfruttare i risultati raggiunti dalla linguistica, cosa può dare a questa il diritto? È il grande linguista Ferdinand de Saussure, a cui si deve la rifondazione della linguistica moderna, a rispondere: nel suo disegno di porre le basi di una scienza rigorosa, prende a prestito concetti giuridici, perfettamente applicabili alla lingua ed alla linguistica:

Si parla correntemente di leggi in linguistica: ma i fatti della lingua sono realmente retti da leggi? E di quale natura queste possono essere? La lingua essendo una istituzione sociale, può pensarsi a priori che essa sia regolata da prescrizioni analoghe a quelle che reggono le collettività.[2]

L'aspetto istituzionale è probabilmente ciò che di più importante la teoria giuridica ha offerto alla linguistica.[3] Nel terzo paragrafo dedicato allo strutturalismo in linguistica e nella teoria giuridica verranno analizzati altri punti di possibile feconda "contaminazione" fra i due campi del sapere ivi considerati (insieme alla storia che li lega), ed approfondito il discorso di lingua e diritto quali "istituzione", o "sistema", o "struttura".

Le frasi citate contengono parecchi spunti sui quali quest'articolo cercherà di sviluppare qualche ulteriore ragionamento ed un embrione di proposta nelle conclusioni. In particolare la frase riportata secondo la quale la linguistica non è tentata dall'ideologia può essere il punto di partenza per una riflessione su quello che il diritto potrebbe essere ed invece non è; se la comparazione serve a sottolineare similitudini e differenze, allora quella citata è una differenza con il diritto: il diritto è strettamente collegato all'ideologia. Si può discutere quanto debba esserlo, ma è innegabile che su questo terreno il parallelo fra linguistica e diritto sia molto problematico, mentre su altri versanti, come quello dei prestiti e delle contaminazioni, la comparazione può essere agibile ed anche utile.

Molto prima di Sacco in Italia qualche autore ha tentato un parallelo fra lingua e diritto, con analisi che in parte oggi si possono considerare un po' ingenue (ma comunque degne di attenzione e studio), in parte tuttora valide se non fondamentali. Fra le prime si possono citare quelle di Augusto Gaudenzi, fra le seconde quelle di Alessandro Levi, infine quelle di Pietro Fiorelli. Il primo, professore di Storia del diritto italiano presso l'Alma Mater, tenne una prolusione a Bologna nel 1881 su « lingua e diritto nel loro

2 De Saussure (1983) 111.
3 Fiorelli (1957) 271.

sviluppo parallelo ».[4] Di Fiorelli si dirà nelle prossime pagine, Levi scriveva, trattando del diritto e del linguaggio, che

> l'uno e l'altro sono storia vivente. Ogni individuo coòpera a tale storia, con l'esprimere le proprie intuizioni, col volere il soddisfacimento dei propri bisogni. Ogni individuo contribuisce alla vita del linguaggio, sia col confermare, sia con l'uso ch'egli ne fa, il significato dei vocaboli che gli servono per esprimere le sue impressioni, sia col coniare vocaboli nuovi, con l'adattare a nuovi significati parole vecchie, con l'osservare ed eventualmente col trasgredire certe regole dell'esprimersi. Ogni individuo contribuisce, del pari, alla vita del diritto, sia con l'usare delle liceità esplicitamente od implicitamente tutelate dalle norme giuridiche, sia col manifestare la sua volontà rivolta al raggiungimento di fini pratici previsti e garantiti dall'ordinamento giuridico, sia col confermare, mercé la sua osservanza e mercé l'applicazione cagionata dalla sua attività, il vigore delle leggi, sia eventualmente, trasgredendole, col provocarne le sanzioni od anche con lo sgretolarne la forza normativa.[5]

Come dimostrano i citati raffinati richiami sul rapporto fra lingua e diritto, se ben compresa ed utilizzata, la linguistica, cioè la teoria sulla lingua, è dunque una della discipline che servono a meglio comprendere il fenomeno giuridico, scongiurandone per quel che può la frantumazione del sapere.[6] Sicuramente l'apporto della linguistica al diritto sarà meno evidente di quelle offerte dall'economia e dalla storia, ma, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, la sua conoscenza è utile ad inquadrare in maniera moderna, problematica, e particolarmente nell'ambito della comparazione, i fenomeni giuridici. Se poi si inquadra la linguistica nella sua dimensione storica, si aggiunge il beneficio dell'ausilio della più classica delle discipline ancillari del diritto. La storia, e dunque la storia della linguistica, è particolarmente utile, anzi indispensabile, per il diritto comparato, come dimostra la ricerca di cui fa parte questo breve saggio. Sia diritto che lingua sono dunque prodotti del genio umano, partecipano entrambi della natura di sistemi, tema trattato con accuratezza dallo strutturalismo, che sarà parte della presente analisi (come le critiche ad esso), sia sul terreno linguistico[7] che su quello giuridico.[8]

4 Gaudenzi (1883) 271–304.
5 Levi (1931) 51.
6 Galgano (2009).
7 Lepschy (1981) e Benveniste (2010).
8 Scarciglia (2016) 70 ss. e Frosini (1962).

Sin qui ho trattato, per introdurre il tema del presente articolo, del possibile apporto che la "linguistica pura", o "linguistica generale", può dare al diritto. Accanto al tema accennato vi è quello, fondamentale e molto trattato dalla dottrina,[9] ma che in questa sede non sarà analizzato, dello studio del linguaggio giuridico, oggetto soprattutto dell'attenzione di filosofi del diritto.[10]

Ma vi è anche un'altra dimensione della linguistica, e del rapporto tra lingua e diritto, ed è quella dell'evoluzione dello studio dei diritti linguistici, intesi soprattutto nel loro aspetto "estrinseco", che riguarda la regolamentazione giuridica della lingua in quanto segno identitario, la lingua come oggetto del diritto.[11] È evidente l'intreccio fra scelte relative alla regolamentazione delle lingue e della forma di Stato e di governo dei singoli Paesi: uno Stato autoritario non sarà mai promotore del plurilinguismo ufficiale, e uno Stato federale sarà più facilmente invece portatore di tale esigenza.[12] Si tratta sempre di un tema legato alla linguistica, ma non alla sua dimensione più teoretica, bensì a quella legata alla lingua come fatto sociale e politico di estrema importanza nella società. In tal senso il nesso fra democrazia e linguistica è evidente, come si vedrà nel sesto paragrafo.

Nell'anno appena trascorso sono stati pubblicati in Italia (e non solo) importanti opere sui diritti linguistici, che testimoniano l'importanza crescente data a questa sub-disciplina dei diritti delle minoranze.[13] Si tratta dell'ambito del diritto al quale ho dedicato la maggior parte della mia attività di ricerca, e fa piacere vedere che esso è praticato sempre da più stimati colleghi e colleghe. L'analisi della storia della linguistica, come anche l'analisi del linguaggio giuridico, partecipa invece dell'aspetto "intrinseco" dello studio dei diritti linguistici, relativo cioè alla lingua in quanto soggetto del diritto, costituendone una sub-materia ancora poco praticata.

Dunque il presente lavoro è strutturato su più piani del rapporto fra lingua e diritto, ma tutti connessi l'uno all'altro. La storia è la base comune su cui vengono svolte tutte queste analisi. Del resto, come scriveva in maniera illuminante Pietro Fiorelli, « tutto ciò che è diritto e che è lingua, tanto le

9 Poggeschi (2015).
10 Scarpelli (1976).
11 Poggeschi (2010) 12 ss.
12 Poggeschi (2010) 203–211.
13 De Vergottini (2013) 19.

unità dei sistemi quanto i fenomeni più individui e frammentari, è nella storia ».[14]

Non vi è alcuna pretesa di completezza in quest'articolo, trattasi di uno studio che intende esplorare lo stato dell'arte sul rapporto fra lingua e diritto, ma con un'analisi dedicata alla linguistica da me mai effettuata, che può offrire ulteriori spunti di riflessione, utili sia al giurista che al linguista.

È già chiaro che, pur condividendo gli stessi oggetti, è diverso trattare di lingue e di diritto piuttosto che di (teoria) linguistica e teoria giuridica. Il presente breve saggio ha l'ambizione di coprire entrambi gli ambiti, traendo degli spunti relativamente ai collegamenti fra fenomeno linguistico e fenomeno giuridico, utilizzando la comparazione, consapevole del fatto che non sono un linguista, ma un giurista appassionato di temi legati alla lingua, soprattutto nel collegamento di questi con il diritto, come appare chiaro per la sociolinguistica, una cui seppur basilare conoscenza è necessaria per capire la materia delle politiche linguistiche e della loro valutazione (alla valutazione delle politiche linguistiche è stato recentemente dedicato un importante convegno all'Università di Teramo, diretto dal professor Giovanni Agresti: « Valutare le politiche linguistiche: quali obiettivi, criteri, indicatori », X Giornate dei Diritti Linguistici, 14–16 dicembre 2016).

Il presente articolo intende da un lato accennare ad una comparazione fra storia della linguistica e storia del diritto, sottolineandone gli aspetti comuni e le divergenze, e poi sulla dimensione sociale e politica della linguistica, che uno studioso come Tullio De Mauro, peraltro anche grande linguista "puro" (ed anche fra i promotori della legge 482/1999 sulle minoranze storiche) ha interpretato al meglio. In sede di conclusione si farà il punto della situazione sul rapporto fra linguistica e teoria giuridica ed in generale sulla relazione fra lingua e diritto, nel prisma della storia. Si tratta dunque di un lavoro di diritto comparato "contaminato", con particolare attenzione alla realtà dell'Italia.

14 Fiorelli (1966) 456.

2. Storia del rapporto fra lingua e diritto. La linguistica storica e la scuola storica del diritto

Se è vero che *ubi societas ibi ius*, è anche innegabile che *ubi homines, ibi favella*. Il linguaggio ebbe origine dal canto, dalla musica, secondo l'affascinante ricostruzione di Steven Mithen;[15] se il diritto è la naturale forma che disciplina l'organizzazione sociale, anche quella più primordiale, il rapporto fra lingua e diritto è addirittura anteriore alla preistoria.[16]

La linguistica generale, come l'intendiamo oggi, è una scienza relativamente recente, sviluppatasi a partire dalla prima metà dell'ottocento. Ma le sue origini vanno ricercate in

> quel rinnovamento degli studi sul linguaggio che portò, durante il [diciannovesimo secolo] alla formazione della grammatica comparata; questa, sorta in un periodo in cui tutti i campi si andava sviluppando un nuovo metodo scientifico, raggiunse, almeno su terreno favorevole come quello delle lingue indoeuropee, risultati notevolmente sicuri e fornì alla nostra disciplina le indispensabili basi tecniche.[17]

Ma di lingua e di linguaggio l'uomo riflette da molto più tempo. Di lingua tratta infatti già Platone nel dialogo Cratilo, ma i greci, « immersi nelle loro tradizioni e convinti, non a torto, della loro superiorità intellettuale, guardavano con disprezzo alle lingue straniere e s'inducevano a studiarle solo se spinti da motivi di necessità pratica ».[18] Mancava quindi nei greci quella curiosità verso gli altri che spingeva alla comparazione, presupposto degli studi sulla lingua.

Nel Medioevo dominava la concezione della "grammatica universale", secondo la quale una struttura unica ed appunto universale è insita in tutte le lingue, e dunque « le regole della grammatica, in quanto regole, sono perfettamente indipendenti dalle particolari lingue in cui si attuano ».[19] A parte questa concezione palesemente contraddetta dalla linguistica moderna, nel Medioevo si svolse l'opera di Dante, fondamentale per l'unità della lingua italiana non solo per il peso letterario della sua *Commedia*, ma anche

15 Mithen (2005).
16 Ortino (2010).
17 Leroy (1990) 3.
18 Leroy (1990) 5.
19 Leroy (1990) 8.

per le analisi comparative fra i vari volgari scritte nel 1301, con il *De vulgari eloquentia*.[20]

Sempre nel Medioevo, è interessante ricordare, secondo quanto tramandato da un'antica tradizione, che Irnerio, « da *magister in artibus* qual era in origine fosse spinto allo studio dei testi giuridici dal bisogno d'appagare una curiosità di carattere modestamente lessicale »,[21] relativa alla parola *asse.* Essa era « gravata di tre significati diversi », nessuno dei quali soddisfaceva l'Irnerio, il quale « con gesto innovatore cercò una risposta nell'esame diretto delle fonti giustinianee; e riprese in mano i *Digesti*, e ne scosse la polvere che vi s'era ammucchiata per cinque secoli ».[22] L'episodio, che ha tratti anche esageratamente leggendari, ci sta comunque « a ricordare l'elementare verità che l'indagine giuridica e l'indagine linguistica, intese nella loro essenza più generale e nel loro insieme, procedono fatalmente e procederanno di pari passo, frutti come sono d'un comune bisogno dello spirito umano ».[23] Si possono anche utilizzare in questo senso antiche teorie sulla lingua, direi della "linguistica inconsapevole", in quanto interessanti per un parallelo con il diritto. Così le teorie sull'anomalia e l'analogia delle scuole filologiche di Pergamo e di Alessandria[24] ricordano che la comparazione consiste nell'evidenziare sia le differenze che le similitudini; si tratta di operazioni intellettuali comuni all'analisi di lingua e diritto.

Compiendo un salto di qualche secolo, è nell'ottocento che il clima culturale di grande attenzione verso i risultati raggiunti dalle scienze tocca sia i linguisti che i giuristi. Occorre però sapere come si arrivò a quel momento di evoluzione delle varie teorie del diritto e di definizione della linguistica moderna, che praticamente nasce in quel fondamentale periodo.

Un momento chiave per il rinnovo degli studi sulle lingue fu la rivelazione del sanscrito agli studiosi occidentali: « la conoscenza di questa lingua apriva l'accesso al *corpus* dei grammatici indiani, offrendo così un tesoro di osservazioni precise particolarmente istruttive per la classificazione dei fonemi e per le teorie sulla radice e la formazione delle parole ».[25] A Parigi nel

20 Dante (1983).
21 Fiorelli (1957) 261.
22 Fiorelli (1957) 262.
23 Fiorelli (1957) 263.
24 Moro (2008) 37.
25 Leroy (1990) 19.

1795 venne fondata l'*École nationale des langues orientales*, dove un gruppo di competenti studiosi insegnava le lingue e le letterature orientali e, in particolare, dell'Iran e dell'India. Di qui Friedrich Schlegel attinse gli elementi del suo famoso libro del 1808 *Über die Sprache und Weisheit der Inder*, nel quale per la prima volta si trova l'espressione di « grammatica comparata ».[26]

Fu dunque la scoperta della storia delle lingue che dette impulso alla linguistica, anche se sono da registrare molte resistenze e gelosie dei filologi classici nei confronti dei nuovi linguisti (si veda fra l'altro a questo proposito la posizione di Schleicher, *infra*).[27] Solo alla fine dell'ottocento « filologi e linguisti prenderanno piena coscienza del reciproco interesse ad uno scambio delle rispettive esperienze metodologiche ».[28]

Figure decisive per lo sviluppo della linguistica dalla fine del settecento all'ottocento furono, fra gli altri, Wilhelm van Humboldt, Jacob Grimm e August Schleicher. Il loro contributo fu decisivo, nell'ottica di una esaltazione dello spirito popolare tedesco che avrà non pochi punti di contatto con i teoremi della scuola storica del diritto, il cui rappresentante più celebrato fu Friedrich Carl von Savigny.

Humboldt considerava il linguaggio come manifestazione dello spirito umano, e « sognava di riuscire a istituire tra la mentalità e la lingua di un popolo un rapporto così stretto che bastasse conoscere l'una per dedurne l'altra ».[29] Humboldt non aveva previsto le conseguenze di quest'abbozzo di psicologia delle razze, che non teneva conto del fatto che se i caratteri etnici si trasmettono ereditariamente col sangue, così non è per la lingua, come dimostrano facilmente, per fare un esempio, gli afro-americani, da subito partecipi della realtà linguistica anglofona: questo non contraddice la realtà delle lingue creole, che testimoniano anch'esse di un'evoluzione che non ha a che vedere con fattori etnici, ma storico-linguistici. Se però è importante non fare confusione fra razza e lingua, « rimane il fatto che la lingua talvolta può sembrare che rispecchi una mentalità nazionale », fattore sul quale hanno parecchio insistito i linguisti della scuola idealistica. Non vi è dunque nulla di strano se la lingua riflette differenze, come è ben visibile per la

26 Leroy (1990) 20.
27 Leroy (1990) 23.
28 Leroy (1990) 23–24.
29 Leroy (1990) 39.

mentalità francese rispetto a quella tedesca, per fare un esempio.[30] Quello che è sbagliato è « attribuire alla lingua stessa, alla sua struttura, alla sua essenza, ciò che essa semplicemente traduce, (ciò) significa anteporre la psicologia alla linguistica, la quale ha invece il compito di studiare la lingua per se stessa e non come mezzo per giungere a uno stato d'animo ». Anche il pensiero di Benedetto Croce sulla lingua, peraltro non limitato a quest'aspetto, risente di quest'impostazione.[31]

August Schleicher, attivo nella seconda metà dell'ottocento, esercitò un profondo influsso sullo sviluppo della linguistica: anche studioso di botanica, « si compiaceva di opporre il linguista al filologo paragonando il primo al naturalista che comprende nel suo studio la totalità degli organismi vegetali, mentre il filologo è simile al giardiniere che prodiga le sue cure soltanto a certe specie apprezzate per il loro uso pratico o per il loro valore estetico ». La linguistica doveva dunque essere come una scienza naturale « e Schleicher tentava di definire le leggi con il rigore che caratterizza le leggi fisiche o chimiche o di chiarire l'evoluzione delle lingue applicando ad esse le teorie di Darwin, nuove per quell'epoca ».[32] Fra i suoi meriti, vi fu quello di aver tracciato un metodo di classificazione delle lingue del mondo, anche se le sue idee sulla linguistica come scienza naturale pura possono oggi apparire ingenue e superate. Bisogna infatti ricordare che « la linguistica è scienza dell'uomo e non della natura e che le scienze umane non tollerano le rigorose schematizzazioni e le belle rappresentazioni grafiche che i cultori delle scienze esatte riescono a disegnare con tanta invidiabile sicurezza ».[33]

Colui che lega di più la linguistica alla scuola storica del diritto è Jacob Grimm, autore insieme al fratello Wilhelm di un monumentale dizionario della lingua tedesca, e di varie opere, fra cui le celebri favole, rielaborate a partire dalla tradizione popolare. Grimm fu esponente dei neo-grammatici, che sull'esempio di Humboldt insistono sulla grammatica comparata: questa « non consiste nel mettere a confronto le lingue attestate con un originario sistema ideale, ma è bensì un procedimento che serve a tracciare, tra due date fissate, la storia delle lingue appartenenti a una stessa famiglia ».[34] La lingui-

30 Leroy (1990) 41–42.
31 Fiorelli (1957) 264 ss. e Devoto (1953) 183–193.
32 Leroy (1990) 25.
33 Leroy (1990) 31.
34 Leroy (1990) 41–42.

stica ebbe con Grimm un filone che la legava alla scuola storica, ed è interessante notare come però per certi aspetti essa, sia nel metodo che nei risultati, fosse più vicina alla biologia ed alle scienze naturali in genere che non alla filosofia e alla storiografia, cosa che si è espressa al massimo con il già menzionato August Schleicher.[35] È opportuno a questo punto analizzare le principali caratteristiche della Scuola storica del diritto.

Il rappresentante principale della scuola storica, Savigny trasse la maggiore ispirazione dal diritto romano, di cui era profondo conoscitore, per elaborare la sua teoria, della quale è importante l'aspetto anti-illuminista ed anche anti-rivoluzionario:[36] la finalità è quella di una « fondazione *ex novo* di una scienza giuridica sistematica e cosciente del suo metodo ».[37] Savigny aveva chiara la missione del giurista nella sua epoca, che era quella della codificazione napoleonica; si trattava di sistematizzare il diritto, insieme a renderlo certo: « i concetti di certezza e di sistematicità del diritto cominciavano ad apparire come elementi necessari per uscire dal caos della vita giuridica e come elementi, ad un tempo, tra loro inscindibili ».[38] Nelle sue lezioni sulla *Metodologia giuridica*, tenute a Marburg nel 1802 e nel 1803, Savigny predica la necessità della legislazione come risultato finale della ricerca della sistematicità, in quanto « la singola unità che nella trattazione filologica viene presa in considerazione come tale, nella trattazione sistematica deve essere al tempo stesso pensata come un tutto… Il contenuto del sistema è la legislazione, dunque norme giuridiche ».[39]

Oltre ad altre preoccupazioni di Savigny, come quella di lasciare che il diritto rimanesse affidato ad un ceto esclusivo di dotti, in senso kantiano,[40] vi era in lui l'idea di

> fissare un rapporto con la storia in senso nazionale e politico, poiché dalla storia egli intendeva dedurre la fondazione di generali fini politici, individuando nella "suprema natura del popolo" il principio motore dell'intera vista storica ed insieme la radice effettiva di una continuità 'nazionale' (in senso culturale) da mantenere al riparo da ogni contaminazione esterna, fosse essa l'assolutismo o la rivoluzione, e da

35 Lepschy (1981) 50.
36 Wieacker (1980) 27.
37 Wieacker (1980) 31.
38 Mazzacane (1974) 11.
39 Wieacker (1980) 20.
40 Mazzacane (1974) 12.

ogni particolarismo nazionalistico (in senso politico), capace di distruggere uno degli elementi portanti: l'unità profonda della cultura giuridica europea.

Savigny "gioca" dunque su un doppio binario, perfettamente compatibile: vi è una forte identità giuridica nazionale, in questo caso tedesca (non sarà poi un caso se *I discorsi alla nazione tedesca* di Fichte sono dello stesso periodo, ed anche *La missione del dotto*, che vanno nello stesso senso di quanto indicato da Savigny per i giuristi), inserita nella cultura giuridica europea. Non è estranea a questa visione, come del resto a quella francese dello stesso periodo, l'idea che sia uno Stato in particolare ad essere incaricato dal destino di far vivere secondo la sua interpretazione la cultura giuridica comune. Un universalismo particolarista, dunque, che predica la superiorità di un sistema giuridico e culturale in senso lato su tutti gli altri.

Savigny dunque rinnova la scena culturale tedesca rimanendo in un solco già tracciato dai grandi pensatori. Ma se

> è possibile, o addirittura necessario, considerare Savigny contemporaneamente come discepolo di Herder, di Kant e di Schelling e in continuo scambievole rapporto con Classicisti e Romantici, non ha chiaramente alcun senso, seguendo una cattiva abitudine della Storia delle idee, tentare di spiegare la Scuola storica semplicemente come prodotto di moventi ideali. Essa deve piuttosto essere capita dal suo interno, come autonomo centro gravitazionale nell'ambito di quel più generale fermento dello spirito tedesco [tipico di quell'epoca].[41]

In quella atmosfera di esaltazione del "popolo" la vita giuridica è per Savigny una « componente individualizzata dell'intera vita di un popolo, che scaturisce tacitamente e necessariamente dalla sua esperienza allo stesso modo che la lingua ».[42] Ecco la concezione della lingua dei neo-grammatici, ed il legame di Grimm con Savigny in precedenza indicato. Però il popolo « non è affatto per Savigny la realtà politica e sociale della nazione storicamente intesa, bensì un concetto culturale ideale: la collettività unita da una comune formazione spirituale e culturale ».[43] Wieacker effettua a tal proposito un interessante paragone con la « Linguistica romantica », che in modo analogo « trascura volentieri il contributo dato alla creazione di una lingua da eminenti personalità o da istituzioni culturali nazionali (come l'Accade-

41 Wieacker (1980) 20.
42 Wieacker (1980) 70.
43 Wieacker (1980) *69*.

mia francese), così come le mutazioni linguistiche determinate dalle trasformazioni sociali ».[44]

È ancora rilevante oggi l'eredità della Scuola storica? La risposta di Franz Wieacker ha già mezzo secolo, ma è ancora valida:

> è stato merito della Scuola storica riuscire a rifondere il complesso morente del *jus commune* in un nuovo tessuto di principi generali, in grado di sbrigliare la fantasia giuridica in una produttività fino a quel momento sconosciuta e di arricchire smisuratamente la gamma delle possibilità giuridico-dogmatiche.[45]

Prima di concludere questo paragrafo, e prima di analizzare la linguistica di de Saussure, è bene fare un rapido excursus sulle altre principali tendenze giuridiche a cavallo di ottocento e novecento, successive alla scuola storica del diritto, per capire i possibili nessi con la linguistica e soprattutto inquadrare sia linguistica che teoria giuridica nel clima – ma sarebbe meglio dire i climi – dell'epoca.

In Germania la Pandettistica segue, in maniera fondamentalmente coerente, la Scuola storica del diritto, la quale nel persistente particolarismo giuridico della Confederazione tedesca e degli esordi del Reich bismarckiano contribuisce in maniera decisiva al « raggiungimento dell'unità in dogmatica, in dottrina e in giurisprudenza anche al di fuori dell'ambito di applicazione del Diritto comune ». La Pandettistica produsse eccellenti opere, ebbe anche un certo seguito al di fuori della Germania, e si irradiò dal diritto romano e privato a quello pubblico per merito soprattutto di Jhering, Gerber e Laband. Espressione anche del coevo positivismo giuridico fu Bernhard Windschied, la cui opera principale si chiamava però significativamente *Le pandette* (edizioni dal 1862 al 1891), che passò dalla linguistica al diritto sotto l'influsso di Savigny, a testimonianza della contiguità e del dialogo fra le due discipline in quella decisiva fase storica.

Il positivismo giuridico (sociologico) francese espresse la figura di Leon Duguit la cui opera fondamentale *L'État. Le droit objectif et la loi positive* (1901)[46] precede di poco le opere principali di Raymond Carré de Malberg, che predica l'ideologia della sovranità del legislatore. Della dottrina tedesca si è già in parte detto, ma è bene ricordare, almeno per il diritto pubblico, Georg Jellinek e i più giovani Hans Kelsen e Carl Schmitt, sulle cui profonde

44 Wieacker (1980) 69.
45 Wieacker (1980) 20.
46 Duguit (2001).

differenze (ma anche su un comune forte interesse per il diritto internazionale) non è il caso di soffermarsi. Negli USA Roscoe Pound, che esalta la potenza nordamericana anche attraverso l'elogio incondizionato della *Common Law*, sosteneva una teoria sociologica del diritto. In Italia Santi Romano pubblicò la sua opera decisiva, *L'ordinamento giuridico*, nel 1918, due anni dopo la pubblicazione delle lezioni di de Saussure all'Università di Ginevra.

È evidente quanto era fervido il clima culturale e giuridico di quell'epoca, che rifletteva anche le inquietudini sociali che avrebbero portato a due conflitti mondiali ed alle ben note atrocità. Wieacker imputa anche al positivismo, in particolare del « Positivismo legislativo degenerato », o « Naturalismo applicato », il fatto che permette ogni arbitrio in veste di legge, la sopraffazione del più forte:

> Che lo sterminio di altre razze è utile alla "razza superiore", l'uccisione dei malati di mente all'economia biologica della "comunità popolare", la responsabilità del gruppo familiare al buon comportamento politico dei padri di famiglia, l'incoraggiamento dei delatori al potere del dittatore, la esecuzione capitale del ladruncolo di metallo alla copertura del fabbisogno di metalli da lega dell'economia di guerra: son queste le verità dalle gambe corte della cui imposizione ad una coscienza pubblica deviata vanno ascritti gli allori ad un Naturalismo applicato che, stanco dei toni temperati, si è dato a fare il diavolo, passando risolutamente dalla spiegazione scientifica della realtà giuridica alla sperimentazione concreta sull'Uomo in carne ed ossa.[47]

Wieacker scriveva queste cose cinquant'anni fa, poco più di vent'anni dalla fine del secondo conflitto mondiale, dall'Olocausto e dai massacri perpetrati da Stalin (questi anche più recenti), in piena Guerra fredda, ma non sembra che oggi il tono possa essere più ottimista. Il diritto è mutato nel frattempo e le parole che Wieacker dedica al potere giudiziario, all'epoca soggetto senz'altro a quello legislativo, oggi andrebbero riviste: ad esempio l'impatto dell'economia, che c'è sempre stato, è oggi, in epoca di "diritto globale", ancora più evidente. La democrazia ha raggiunto certamente strati più ampi di popolazione del pianeta, ma fatica sempre a coniugarsi con democrazia e rispetto dei diritti degli uomini e delle donne in tutto il mondo.

Si passi finalmente con il prossimo paragrafo all'analisi dell'opera di Ferdinand de Saussure.

47 Wieacker (1980) 344–345.

3. Da Saussure allo strutturalismo. La polemica crociana

Le descritte tendenze in linguistica, ed il generale clima culturale, per cui quelle che oggi chiamiamo scienze sociali oscillavano fra il positivismo, naturalismo e l'idealismo, prepararono la strada alla fondamentale opera di Ferdinand de Saussure, grande linguista ginevrino autore del postumo *Cours de linguistique générale*, ordinato da alcuni suoi allievi e basatosi su lezioni da lui impartite nell'omonimo corso, che vide la luce nel 1916 ma che fu diffuso dopo la prima guerra mondiale.[48] Il suo grande merito è di aver chiarito, con straordinaria ampiezza di orizzonti, le precedenti teorie, precise ma prive di respiro: « del genio di Saussure non c'è forse miglior segno del fatto che molte tesi da lui avanzate ci sembrano oramai verità ovvie, constatazioni improntate al buon senso e che non richiedono dimostrazione alcuna ».[49]

La linguistica, secondo Saussure, è parte di una scienza generale più vasta, che egli chiama « semiologia », il cui compito è studiare « la vita dei segni nel quadro della vita sociale ».[50] Occorre dunque innanzitutto procedere all'analisi del segno, che per Saussure è "arbitrario", "il che è indubbiamente una constatazione del buonsenso, ma egli l'afferma con forza in linea di principio".[51] Osserva Tullio De Mauro che

> l'arbitrarietà dei segni è vista da Saussure come il principio fondamentale di tutta la realtà linguistica. Anzitutto essa fornisce un principio di classificazione dei sistemi semiologici (riti, costumanze, codici di comunicazione, linguaggi d'ogni sorta) a seconda del loro maggiore o minore grado di arbitrarietà. In secondo luogo, l'arbitrarietà consente che il linguaggio verbale si realizzi secondo l'altro principio, quello della linearità… l'arbitrarietà è all'origine del carattere oppositivo delle entità significanti e significate, … la linearità è invece all'origine del carattere sintagmatico delle entità.[52]

La teorie principali di de Saussure si basano su distinzioni, come quelle fra significante e significato, e fra *langue* e *parole*. Secondo l'autore svizzero, la *langue* « è un sistema in cui tutti i termini sono solidali ed in cui il valore dell'uno non risulta che dalla presenza simultanea degli altri », mentre la

48 De Saussure (1922).
49 Leroy (1990) 71.
50 De Saussure (1983) 26.
51 Leroy (1990) 72.
52 De Mauro (1983) xiii.

parole è l'atto concreto e individuale dei soggetti che si servono di quel sistema in una situazione determinata.[53] « La *parole*, unione d'una concreta fonia e d'un concreto senso, è *sostanza*, mentre ciò che si attualizza nella *parole* e che serve a classificare la *parole*, ossia l'insieme dei significanti e dei significati, la lingua, è da de Saussure denominato e definito *forma* ».[54]

Altro noto binomio in Saussure è quello fra *sincronia* e *diacronia*: il primo riguarda l'aspetto statico della lingua, e riguarda soprattutto lo studio della grammatica e della struttura di una lingua in quanto tale, il secondo, certo più legato al concetto di storia, concerne il divenire. Benveniste sottolinea che una delle novità più rilevanti del punto di vista saussuriano,

> uno di quelli la cui azione è stata più profonda, è consistita nel prendere coscienza del fatto che il linguaggio in sé non comporta nessuna dimensione storica, che è sincronia e struttura e che non funziona se non in virtù della sua natura simbolica. Con questo non è la dimensione storica che viene condannata, quanto un modo di "atomizzare" la lingua e di meccanizzare la storia.[55]

Saussure inverte anche il tradizionale rapporto fra sincronia e diacronia, attribuendo alla prima un carattere prioritario e preliminare; « la lingua è comprensibile e analizzabile in quanto essa costituisce un sistema, e il sistema funziona, in quanto tale, solo a considerarlo da un punto di vista sincronico ».[56] Se Saussure in parte è ancora, pur nel suo genio innovativo, un rappresentante della linguistica storica, è anche un anticipatore dello strutturalismo, come risulta chiaro dalla sua idea di sistema.

Come dimostra l'attenzione di Rodolfo Sacco verso la sua opera, Saussure è uno dei non giuristi che più aiuta a fecondare il pensiero giuridico, e lo stesso linguista ginevrino era attento al parallelo fra linguistica e diritto, come la già riportata frase sulle « leggi in linguistica » evidenzia. Ma molte delle teorie di Saussure possono essere trasposte al diritto: così è fra il binomio *langue* e *parole*, che può corrispondere a quello fra *norma* (ma anche sentenza o atto amministrativo) e *diritto.* Una dimensione più limitata ed una più generale dunque, che però sono in una relazione indissolubile. Anche il binomio *sincronia* e *diacronia* evoca paralleli giuridici. Ad esempio si può citare l'idea di federalismo come processo della nota teoria di Carl

53 Leroy (1990) 76.
54 De Mauro (1983) xii.
55 Benveniste (2010) 11.
56 Lepschy (1981) 11.

Friedrich,[57] che privilegia l'aspetto dinamico a quello statico: parallelo non significa però comparazione di fenomeni identici, in quanto, se è vero che l'idea del federalismo in Friedrich esalta il suo sviluppo dinamico, quindi il senso diacronico, secondo Saussure « è chiaro che l'aspetto sincronico domina sull'altro, poiché per la massa parlante è la vera ed unica realtà ».[58] Su questo punto si discosta dalla scuola storica che privilegiava lo studio della modificazione della lingua: al proposito Saussure scrive che

> si afferma spesso che niente è più importante del conoscere la genesi di uno stato dato; questo è vero in un certo senso: le condizioni che hanno formato questo stato ci illuminano sulla sua effettiva natura e ci pongono al riparo da certe illusioni; ma questo prova proprio che la diacronia non ha il suo fine in se stessa. Si può dire della diacronia quello che si è detto del giornalismo: porta a tutto, purché se ne esca fuori.[59]

Registrata con l'ultima frase citata una buona dose di senso dell'umorismo in Saussure, è bene completare l'analisi di questo importante punto, relativo alla dimensione *pancronica: si* domanda il grande linguista, « non potrebbero esistere nella lingua delle leggi nel senso in cui le intendono le scienze fisiche e naturali, vale a dire dei rapporti che si verificano dovunque e sempre? In una parola, la lingua non può essere studiata anche dal punto di vista pancronico? ». La risposta è:

> Senza dubbio. E così poiché si producono e si produrranno e si produrranno sempre mutamenti fonetici, si può considerare questo fenomeno in generale come uno degli aspetti costanti del linguaggio: ecco dunque una delle leggi. In linguistica, come nel gioco degli scacchi, vi sono regole che sopravvivono a qualsiasi evento. Ma si tratta di principi generali esistenti indipendentemente dai fatti concreti; in quanto si parli di fatti particolari e tangibili, non c'è punto di vista pancronico.

Queste parole non possono non suscitare interesse nel giurista, che osserva da una parte i principi generali del diritto, e dall'altra i fatti particolari e tangibili, come i negozi giuridici, le sentenze e gli atti amministrativi. Peraltro in dottrina si sottolinea come le descritte dicotomie, consistenti nell'illusione di poter superare le stesse, « ha indirizzato molti lavori verso vicoli ciechi.... Ciò che doveva essere una distinzione utile, e in effetti necessaria di punti di vista, divenne una nociva separazione di campi di ricerca diversi ».[60]

57 Friedrich (1968).
58 De Saussure (1983) 109.
59 De Saussure (1983) 109–110.
60 Lepschy (1981) 135.

Il parallelo prima compiuto fatto fra linguistica e teoria giuridica, come quello precedente relativo alla dicotomia *langue* e *parole* utilizzata per il diritto, rischia di essere forzato, ma è corretto dal punto di vista metodologico, se si vogliono considerare le due discipline oggetto di questo studio utilmente comparabili. Anche Giacomo Devoto, noto linguista, si lasciò andare a paralleli fra lingua e diritto (v. *infra*), secondo Fiorelli un po' eccessivi, ma, dal mio punto di vista utili, anche se non in modo immediato e tangibile come può essere ad esempio l'utilizzo delle neuroscienze nel diritto. Scriveva dunque Fiorelli di Devoto, che

> egli mostrava e additava all'attenzione dei linguisti, con un'eleganza che in qualche caso sconfinava in una tal quale ricercatezza e in un certo gusto di metafore paradossali, nuovi e impensati punti di contatto fra la vita del diritto e la vita della lingua: il parlante l'attore e l'ascoltante convenuto, l'arte potere esecutivo e lo stile potere giudiziario, il grammatico legislatore e l'artista cittadino.[61]

L'attenzione rivolta verso l'"incontro" tra lingua e diritto manifestata da Devoto è rilevante ai fini della presente ricerca, costituisce un precedente nobile. Per quello che riguarda le radici storico-filosofiche del suo pensiero esse sono in parte riconducibili all'idealismo ed allo storicismo di Benedetto Croce, che dedicò pochi ma importanti scritti sul linguaggio,[62] nei quali « sottrae lo studio dei fatti linguistici concreti tanto alla codificazione delle grammatiche normative quanto alla classificazione della filologia comparata, e lo pone nella sfera dell'estetica ».[63] Croce conclude dunque che estetica e linguistica non sono due scienze distinte, ma una sola ed identica scienza, e le lingue « non hanno realtà fuori dalle proposizioni realmente pronunciate o scritte, presso dati popoli, in determinate epoche, cioè fuori delle opere d'arte in cui concretamente esistono ».[64] Questa dottrina si sarebbe evidentemente mostrata incompatibile con la teoria di Saussure della struttura legata al vincolo sociale (impiego obbligato dei segni), mentre Croce privilegiava l'idea della creazione spontanea e perpetua.[65] Sullo stesso piano il filosofo napoletano compie un parallelo fra lingua e diritto, quando scrive che

61 Fiorelli (1966) 452 e Devoto (1958) 1–5.
62 Croce (1958).
63 Leroy (1990) 156–157.
64 Leroy (1990) 157.
65 Leroy (1990) 158.

> al modo stesso che la storia di una lingua è sempre arbitraria e astratta fintanto che si consideri per sé, fuori delle opere in cui si è incarnata, epperò la vera storia di una lingua è quella della sua poesia e letteratura, così la vera storia del diritto di un popolo (del diritto realmente eseguito, e non di quello solo formolato nelle leggi e nei codici, e che spesso è rimasto lettera morta), non può non essere tutt'uno con la storia sociale e politica di quel popolo: storia tutta giuridica ossia economica, storia di bisogni e di lavoro.[66]

Croce risolve dunque l'analogia fra le storie del diritto e della lingua con la storia etico-politica e letteraria,[67] e negando le assurde storie di cose astratte:

> L'effettivo processo storico non è mai dei vocaboli ma delle espressioni; non delle parole che entrano nelle rime del Petrarca e che un vocabolario petrarchesco può ben raccogliere e sforzarsi di definire, ma dei sonetti e delle canzoni che di lui si ricantano, dove solo sono vive perché formano parte di organismi vivi... Queste considerazioni, che si sono aggirate nella sfera dell'espressione della poesia e dell'arte, si potrebbero continuare anche fuori di quella sfera, per es., per le ricerche sulla storia degli istituti, – poniamo, il feudo o il comune, – sulla loro origine e il loro svolgimento: origine che non è dato trovare mai davvero, perché l'astratto non ha origine reale né, per simile ragione, svolgimento, laddove quei fatti che sono stati raccolti, per astrazione in concetti di istituti, quali feudo e comune, riconnessi con la realtà storica da cui erano stati staccati, ripigliano con la loro individuale fisionomia la loro determinatezza e la loro vita di azioni storiche.[68]

Quasi solamente in Italia la dottrina di Croce ebbe seguito, pur nelle differenze di impostazione, fra non pochi ed importanti linguisti: oltre il già citato Giacomo Devoto,[69] è d'obbligo ricordare Matteo Bartoli,[70] fondatore della "neolinguistica", Bruno Migliorini[71] e Giovanni Nencioni.[72] In particolare Devoto e Nencioni esaminano i problemi della linguistica alla luce dei dati forniti dalle scienze parallele come il diritto, la storia, l'archeologia: « al concetto ginevrino di 'sistema', Devoto e Nencioni sostituiscono quello di "stituzione", che dà ragione del duplice aspetto, sociale e individuale, dei fatti del linguaggio ».[73] Lepschy reputa invece disastroso l'uso fatto da certi linguisti delle teorie di Croce.[74] L'approccio storico sulla linguistica resta

66 Croce (1950) 357.
67 Fiorelli (1957) 265.
68 Croce (1945) 82–83.
69 Devoto (1962).
70 Bartoli (1925).
71 Migliorini (1960).
72 Nencioni (1946).
73 Leroy (1990) 163.
74 Lepschy (1981) 141.

comunque uno dei più praticati ancor oggi,[75] indipendentemente dall'adesione o meno alle teorie di Croce. Nel prossimo paragrafo si analizzerà un caso peculiare di applicazione alla linguistica non della filosofia idealista, ma più semplicemente, ma con esiti non felici, di un'ideologia, quella comunista nell'Unione Sovietica.

4. La linguistica ed il diritto secondo i comunisti sovietici

I comunisti russi mostrarono molto interesse per la linguistica, e parallelamente anche gli studi sul diritto erano sviluppati. Interessante ai fini della presente comparazione sono le teorie sul nazionalismo e sul federalismo come soluzione ad esso,[76] che lo stesso Stalin abbracciò. Queste teorie,[77] in parte ispirate all'austro-marxismo,[78] sono all'origine delle politiche linguistiche, anche odierne, di vari ordinamenti, compresa la Cina,[79] pur con le ovvie differenze che la diversa storia impone, insieme alle più o meno contingenti decisioni politiche.

Gli studiosi russi avevano avuto un ruolo non secondario negli studi di grammatica comparata e di linguistica, ma l'avvento del comunismo li tagliò improvvisamente « fuori dal resto del mondo e da allora vissero per molti anni al chiuso ».[80] Toccò ad uno di essi, Nicolas Marr, l'arduo (e visti i risultati, fallito) compito di adattare alla nuova ideologia la linguistica. Questi, che si era dedicato allo studio delle lingue caucasiche s'invischiò nell'insolubile problema delle origini del linguaggio (il linguaggio articolato si sarebbe gradualmente sostituito al linguaggio dei gesti per iniziativa degli stregoni regnanti sulle tribù) e si mise a predicare, sull'esempio dell'italiano Alfredo Trombetti[81] ma su basi ancor più avventurose e che non potevano pretendere alcun fondamento scientifico, la dottrina della monogenesi delle lingue del mondo.[82]

75 Marazzini (2013).
76 Schlesinger (1998).
77 Cukani (2017).
78 Pierré-Caps (1995).
79 Mullaney (2011).
80 Leroy (1990) 178.
81 Trombetti (1922).
82 Leroy (1990) 179.

La cosa stupefacente fu che per circa trent'anni queste teorie aberranti furono accettate, e dovette intervenire Stalin, con una celebre intervista alla *Pravda*,[83] per ristabilire la verità scientifica. In essa il leader sovietico, georgiano di nascita, dichiarava totalmente errato l'equiparazione che era stata fatta della lingua con la sovrastruttura. Lo schema funzionava per la sovrastruttura socialista, che si era imposta su quella borghese e capitalista sostituendosi ad essa, ma « la lingua non è il prodotto di questa o quella base, di una base vecchia o nuova, entro una determinata società, ma dell'intero corso della società e della storia delle basi per secoli e secoli ».[84] La storia dunque insegna che « le lingue nazionali non sono lingue di classe ma lingue di tutto il popolo, comuni ai membri della nazione e uniche per la nazione ». Ma Stalin ricorda che « gli uomini, i singoli gruppi sociali, le classi sono lungi dall'essere indifferenti alla lingua. Essi si sforzano di utilizzare la lingua nei propri interessi, di imporle il proprio lessico particolare, i propri termini, le proprie espressioni particolari ».[85] Di qui il discorso della « lingua di classe », che però non è una lingua distinta da quella nazionale, ma solo una maniera di utilizzarla da parte di una classe sociale. Maurice Leroy si domanda a cosa fosse dovuto questo deciso cambio di rotta imposto da Stalin: forse una semplice vittoria del buon senso, forse anche una volontà di continuare ad essere un punto di riferimento per tutta la comunità dei popoli slavi.[86] Giulio Lepschy scrive che

> l'intervento di Stalin non era privo di aspetti teoricamente positivi, e presentava un ritorno, sul piano del buon senso, alle posizioni tradizionali della grammatica comparativa di stampo ottocentesco; ma era ben lungi dal poter costituire la carta e il programma della linguistica sovietica postmarrista.[87]

Sempre secondo il linguista veneziano

> è possibile vedere negli articoli di Stalin sulla linguistica l'inizio, se così si può dire, della destalinizzazione, della lotta contro il "culto della personalità", del "disgelo" culturale. Il predominio, fondato su fasi amministrative e di organizzazione della cultura, delle posizioni marriste, era un fenomeno tipicamente stalinista.[88]

83 Stalin (1952).
84 Stalin (1952) 12.
85 Stalin (1952) 19.
86 Leroy (1990) 180.
87 Lepschy (1981) 95.
88 Lepschy (1981) 93.

Stalin intervenne, con un certo umorismo, stabilendo che

> si riconosce che nessuna scienza può svilupparsi e fiorire senza lotta delle opinioni, senza libertà di critica. Ma questa norma riconosciuta da tutti è stata ignorata e calpestata nel modo più sfacciato. Si è costituito un ristretto gruppo di dirigenti infallibili, che, essendosi assicurato contro ogni possibile critica, si è messo ad agire arbitrariamente e scandalosamente.[89]

Lasciando da parte facili ironie su quanto la libertà di critica sia stato il faro della politica staliniana, è importante qui sottolineare che i linguisti russi e sovietici tornarono a far parte della comunità internazionale. Lepschy ricorda che

> in Italia gli scritti linguistici di Stalin suscitarono un considerevole entusiasmo per motivi particolari, presso gli intellettuali marxisti di formazione idealistica: Stalin, sostenendo che il linguaggio non appartiene alla sovrastruttura, sembrava offrire un'autorevole conferma, a chi sapesse che il linguaggio si identificasse con l'arte, del fatto che neppure l'arte appartiene alla sovrastruttura.[90]

Il vuoto ideologico che in linguistica succedette allo stalinismo fu colmato dall'avvento dello strutturalismo, che sarà l'oggetto principale dell'analisi del prossimo paragrafo.

5. Dallo strutturalismo alla grammatica generativa

Sino ad ora sono state analizzate le prime teorie della linguistica, che alla fine dell'ottocento iniziarono a risentire dell'imporsi delle scienze naturali, che influirono anche sulle teorie giuridiche. La linguistica è stata ancora più del diritto debitrice delle scoperte in campo scientifico. Per il diritto l'ambizione ad essere rigoroso come la scienza è in buona parte velleitaria, essendo esso troppo legato a fattori che non sono determinati dalla natura, ma dalla volontà dell'uomo: questo non toglie che le teorie del diritto non siano estremamente raffinate ed elaborate, ma non possono competere con i risultati certi della scienza (ammesso e non concesso che i risultati di questa siano immutabili). Si potrebbe tentare di spiegare la differenza fra scienze naturali e diritto con il fatto che le leggi delle prime vengono scoperte dall'uomo, mentre quelle del diritto vengono da esso inventate, e poi elaborate ed interpretate, in una sequenza di attività che sono tutte derivanti dall'intelli-

89 Stalin (1952) 42.
90 Lepschy (1981) 95.

genza e dalla volontà umana. Ma il senso di giustizia dell'uomo è innato, anche se si esplica in modi diversi, corrispondenti a tradizioni giuridiche diverse e secondo il diritto dei diversi ordinamenti nazionali.

Una delle caratteristiche delle scienze, anche sociali, è di possedere un metodo: nella ormai annosa discussione se il diritto comparato sia una scienza o semplicemente un metodo applicato ad altre discipline (il diritto costituzionale e pubblico, il diritto privato, il diritto penale, ecc.), Giuseppe de Vergottini ritiene che fondamentale sia applicare un metodo scientifico,[91] che renda rigorosa ma anche utile la comparazione. Sul metodo insistono anche i linguisti, come Émile Benveniste, il quale, non nascondendo anche i conflitti che dividevano molti autori, cinquanta anni fa dichiarava che

> quando si sono comprese l'importanza della posta in gioco e le conseguenze che gli attuali dibattiti possono avere anche per altre discipline, si è tentati di pensare che le discussioni sulle questioni di metodo in linguistica possano non essere altro che il preludio di una revisione destinata a includere infine tutte le scienze umane.[92]

Un filone fondamentale della linguistica moderna che in parte si ispira alle scienze pure senza rinnegare il passato "filologico" di essa è lo strutturalismo.

Lo strutturalismo è stato, ed in parte continua ad essere, un filone del sapere che ha fecondato molte discipline, fra le quali la linguistica ha un ruolo privilegiato. Ma esso ha toccato altre discipline, fra cui la biologia, ed anche le scienze sociali e umane, come l'etnologia, la storia dell'arte, l'economia, la psicoanalisi, la sociologia, la scienza politica, la storia e naturalmente il diritto.[93] Al di fuori della linguistica si tratta di

> un movimento culturale di origine in gran parte francese, che si è venuto affermando principalmente in polemica con altre impostazioni dominanti nella cultura francese moderna come l'esistenzialismo e il marxismo. In genere corrisponde a un atteggiamento di tipo scientistico che mira a introdurre nelle discipline umane, di solito individualizzanti e storicizzanti, metodi e criteri di tipo generalizzante, sincronico, e a volte un formalismo matematizzante che consenta di identificare configurazioni astratte costanti, regole di formazione e di trasformazione di pochi elementi semplici di base, dietro la variegata e mutevole apparenza dei fenomeni. Spesso la linguistica strutturale è stata considerata come una disciplina guida, come un modello a cui ispirarsi; e gli autori che hanno esercitato maggiore influenza sono Saussure e Jakobson.

91 De Vergottini (2013) 15 ss.
92 Benveniste (2010) 10.
93 Bastide (1965).

Bisogna peraltro precisare che « non sempre la loro utilizzazione è stata felice, e che termini e concetti della linguistica strutturale ritornano a volte nello strutturalismo non linguistico piuttosto stravolti che adattati ».[94]

Secondo il celebre antropologo Claude Lévi-Strauss, « il pensatore che forse più di ogni altro ha contribuito al successo dello strutturalismo in campo non linguistico »,[95] la struttura non è « il nucleo dell'oggetto » ma, al contrario, « il sistema di relazioni latente nell'oggetto », e dunque in tal modo « si arriverebbe ad eliminare ogni compartimentazione tra discipline affini ».[96]

Nel campo giuridico un'opera preziosa che parte dallo strutturalismo per meglio capire le potenzialità del diritto comparato è quella recente di Roberto Scarciglia.[97] In essa l'autore dichiara di non propendere per esso invece che per altre teorie, ma certamente il modo in cui lo presenta rivela l'importanza che esso ha, ancor più del funzionalismo, per porre il paragone con un'altra teoria importante nel diritto comparato dell'ultimo secolo.[98]

Di struttura si parla anche nella contrapposizione fra Stati unitari e Stati composti,[99] il che è naturale se si pensa alla rete di rapporti fra centro e periferia, al loro diverso atteggiarsi, che è tipico della struttura, che non è un *unicum* atomizzato ma qualcosa di complesso e coordinato. Di struttura si può parlare anche del governo, come fa Maurice Duverger nel suo *Droit constitutionnel et Institutions politiques*.[100]

La maggiore novità nella linguistica teorica contemporanea è costituita dalla grammatica generativa (di cui la grammatica trasformazionale è il tipo più importante), ideata e costruita da Noam Chomsky.[101] Secondo Chomsky, citando Lepschy,

> la grammatica generativa nasce dalla confluenza di due componenti: l'intuizione idealistica dell'infinita creatività della lingua e gli studi compiuti nel nostro secolo sulla teoria matematica della compatibilità e della ricorsività che consentono di dare una formulazione precisa a tale intuizione. Il termine "generativo" si riferisce non

94 Lepschy (1981) 28.
95 Lepschy (1981) 28.
96 Bastide (1965) 12.
97 Scarciglia (2016).
98 Michaels (2006) 339–382.
99 Mathiot (1965) 83.
100 Mathiot (1965) 84.
101 Chomsky (1957).

alla produzione concreta di singole frasi ma, secondo l'accezione matematica del verbo "generare", a un dispositivo astratto che specifica e enumera certe strutture. La linguistica non studia i testi, o un corpus di frasi effettivamente usate, ma ciò che consente a chi usa la lingua di produrre e capire un numero potenzialmente infinito di frasi diverse. Chomsky usa le due nozioni di esecuzione e competenza, che non possono non ricordare la dicotomia saussuriana di *parole* e *langue*; ma mentre nella *langue* prende rilievo l'aspetto della socialità, la competenza si riferisce a un "parlante-ascoltatore ideale in una comunità linguistica completamente omogenea", e non solo a ciò che egli deve sapere anche se non se ne rende conto, per potersi servire della lingua.[102]

Chomsky si oppone in modo particolare alla psicologia comportamentalistica, coi suoi meccanismi di associazione e di stimolo e risposta. Egli sottolinea invece che caratteristica dell'agire umano, e del linguaggio in particolare, è proprio il sottrarsi a tali meccanismi:

Non è tipico che delle frasi vengano ripetute (come nelle formule di saluto); al contrario, tipico è che ogni frase sia nuova. Una frase viene usata e capita non in quanto essa sia stata già incontrata e memorizzata prima, ma se ne possiede internamente la grammatica, cioè appunto il sistema astratto delle regole che specificano tutte e solo le frasi di una lingua.

Tale dispositivo è di una tale complessità che non è possibile che venga elaborato da zero, dal bambino, sulla base del bagaglio linguistico inevitabilmente limitato di cui dispone. « Quest'apparato dev'essere in gran parte ereditario e universale, sostiene Chomsky, riprendendo, con radicale originalità di visione storica, le ipotesi innatistiche e universalistiche della filosofia sei-settecentesca ».[103]

Sempre Lepschy, avvertendo che possa essere la sua esperienza soggettiva che lo guidi, trova sorprendenti analogie fra alcuni postulati di Chomsky e quelli di Croce. Il primo « mette in rilievo che il linguaggio è creativo, e discute il rapporto fra la creatività del linguaggio e la creatività dell'arte; e le vede entrambe in rapporto a nozioni come "libertà" e "mente" (cioè "spirito" nella tradizione idealistica italiana) ».[104] Noam Chomsky è divenuto da tempo noto anche per le sue posizioni politiche radicali, anti-sioniste e *no global*. La sua preoccupazione per la politica non è però da collegare direttamente alla sua attività di linguista, quanto piuttosto ad una sua sensibilità di

102 Epschy (1981) 107.
103 Epschy (1981) 108.
104 Lepschy (1981) 141 e Chomsky (1966) 3–31.

cittadino statunitense e del mondo. Il prossimo paragrafo analizza invece l'opera di linguisti che sono direttamente impegnati nella democratizzazione, in questo caso nel quadro italiano, perseguita attraverso le loro competenze in materia di lingua.

6. Linguistica e democratizzazione. Una stagione feconda per lo studio dei diritti linguistici, particolarmente in Italia

Tullio De Mauro, da poco scomparso, è stato uno dei più grandi linguisti italiani, autore di opere fondamentali come la celebre *Storia linguistica dell'Italia unita*, scritta nel 1963, poi più volte ripubblicata.[105] Il nesso fra De Mauro linguista ed il diritto sta anche nella sua partecipazione al dibattito che portò all'approvazione della legge 482/1999 sulle minoranze storiche. Per quello che riguarda l'apprendimento della lingua italiana, De Mauro lo pone in relazione con l'elevazione umana e culturale della persona, una traduzione dunque del mandato di rimozione degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione della persona umana del secondo comma dell'art. 3. Tratta direttamente di democrazia anche nel titolo un'altra celebre opera di Tullio De Mauro, *Dieci tesi per un'educazione linguistica democratica*.[106] Rispetto alla bussola troppo elogiata della vecchia didattica linguistica, la nuova

> è la funzionalità comunicativa di un testo parlato o scritto e delle sue parti a seconda degli interlocutori reali cui effettivamente lo si vuole destinare, ciò che implica il contemporaneo e parimenti adeguato rispetto sia per le parlate locali, di raggio più modesto, sia per le parlate di più larga circolazione.[107]

Fra i linguisti specializzati nella questione delle lingue minoritarie meritano menzione Vincenzo Orioles[108] e Fiorenzo Toso,[109] mentre sul versante dei diritti linguistici di terza specie, vale a dire quelli relativi alle lingue degli stranieri e delle seconde generazioni, in connessione ai doveri di prima specie, relativi all'apprendimento della lingua ufficiale del Paese ospitante,

105 De Mauro (2011).
106 De Mauro (1975).
107 De Mauro (1975) Par. viii.
108 Orioles (2003).
109 Toso (2008).

è da segnalare il ponderoso volume diretto da Maria Grazia Guido del 2015.[110]

Un'altra opera importante a cavallo fra linguistica e diritto, è *Lingua di genere ed ordinamento giuridico*. L'autrice, dell'Università di Roma 3, è una linguista che ha da tempo mostrato attenzione verso l'applicazione della linguistica al diritto.[111] L'attenzione, anche mediatica, e sovente trattata in modo superficiale, verso la lingua di genere, è notevolmente aumentata negli ultimi anni, anche se, ad una presa di posizione uniforme dei linguisti ed alla attenzione di alcuni politici (basti citare la Presidentessa del Parlamento Laura Boldrini) non corrisponde ancora un'accettazione da parte di molte delle stesse donne, oltre che di uomini, anche autorevoli (si pensi a quanto detto in argomento dall'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano proprio in una discussione con Laura Boldrini).

Un'altra opera estremamente importante di linguistica utile per il diritto è la recente *Lingua dei segni, società, diritti*, a cura di Benedetta Marziale e Virginia Volterra.[112] Quest'opera, fra i vari meriti, ha quello di richiamare all'attenzione l'imperdonabile manchevolezza dell'ordinamento italiano, nel quale manca una norma che renda ufficiale, ed efficace, la lingua dei segni. I due ultimi libri citati trattano dei diritti linguistici di "primissima" specie, non nel senso cronologico, ma seguendo la mia classificazione di diritti linguistici di prima specie (della maggioranza e dell'integrazione, nei quali la lingua è strumento per il godimento dei diritti fondamentali), seconda specie (i diritti delle minoranze, sia forti, che meramente a contenuto culturale) e terza specie (i diritti degli stranieri e delle seconde generazioni); ebbene, i diritti linguistici relativi alle donne ed alle persone sorde sono diritti di "primissima" specie perché attengono a diritti super-fondamentali, che traducono il mandato di divieto di discriminazione, esplicitamente (sesso) o per via (semplice) interpretativa (condizioni personali) enunciati dall'art. 3 Cost., ed esplicitamente previsti entrambi dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali della Ue.[113]

110 Guido (2015).
111 Cavagnoli-Woelk (2004).
112 Marziale, Volterra (2016).
113 Poggeschi (2010) 32–40.

I giuristi si sono da tempo dedicati in Italia, all'analisi dei diritti linguistici, soprattutto nell'ottica dell'attuazione, asimmetrica e lenta, dell'art. 6 della Costituzione sulla tutela delle minoranze linguistiche, con le opere di Alessandro Pizzorusso,[114] Sergio Bartole,[115] Paolo Carrozza, Roberto Toniatti,[116] Elisabetta Palici di Suni Prat,[117] Valeria Piergigli,[118] Giovanni Poggeschi,[119] Francesco Palermo e Jens Woelk.[120] Alla dimensione relativa al rapporto fra lingua e diritto sono anche dedicate le riflessioni sulla natura del linguaggio giuridico,[121] e quindi sull'interpretazione giuridica,[122] sulla "traduttologia"[123] e sulla semplificazione del linguaggio amministrativo.[124]

Nel 2016 hanno visto la luce alcuni importanti libri di giuristi sui diritti linguistici in Italia. Si tratta delle monografie di Lidianna Degrassi,[125] Lino Panzeri,[126] e dei volumi collettanei che raccolgono i lavori fatti nel quadro dell'importante PRIN su lingua e diritto diretto da Paolo Caretti e Paolo Bonetti,[127] attenti questi ultimi anche alla dimensione dei doveri linguistici di prima specie e dei diritti linguistici di terza specie.[128] La già citata opera sulla lingua dei segni, importantissimo esempio di apporto della linguistica ai diritti di prim(issim)a specie, è anch'essa del 2016. Rilevanti contributi dottrinali, in chiave comparata, sono contenuti nella sezione monografica del numero 4 della *DPCE* del 2016, a cura di Domenico Amirante, dove si esplora anche il possibile nesso fra forma di Stato e conformazione dei diritti linguistici. Per il 2017 è prevista l'uscita del volume a cura di Edoardo Chiti,[129] che è uno degli otto volumi del progetto diretto da Leonardo

114 Pizzorusso (1993).
115 Bartole (1999).
116 Toniatti (2000).
117 Palici Di Suni Prat (2002).
118 Piergigli (2010).
119 Poggeschi (2010).
120 Palermo, Woelk (2011).
121 Scarpelli (1976).
122 Betti (1949), Tarello (1980) e Modugno (2009).
123 Pozzo (2012).
124 Cortelazzo (2005).
125 Degrassi (2016).
126 Panzeri (2016).
127 Caretti, Mobilio (2016) e Bonetti (2016).
128 Poggeschi (2010) 32 ss.
129 Chiti (2017).

Ferrara e Domenico Surace *A 150 anni dall'unificazione amministrativa d'Italia*.

Vi sono poi anche opere straniere, come *The Economics of Language Policy*, a cura di Michele Gazzola e Bengt Anne-Wickström,[130] a cavallo fra analisi linguistica ed economica, un filone di teoria applicata di diritti linguistici felicemente innovativa.

7. Conclusioni. L'apporto della bio-linguistica al diritto. L'ultimo decisivo passo verso il dialogo fra le due arti (o scienze)?

Quali conclusioni trarre da questi spunti comparativi fra linguistica e teoria giuridica, e fra lingua e diritto, e quale ruolo attribuire alla storia? Se sperabilmente il metodo utilizzato in quest'articolo è stato corretto e rigoroso (pur se atipico, in quanto utilizza sia materiali giuridici, che linguistici e storici, non relativi ad una sola disciplina), ciò comporta che vi sia una qualche risposta sul perché di questa comparazione, un tentativo di utilizzo utile dei risultati di essa, non essendoci « autentica comparazione allorché l'analisi si esaurisce nella descrizione parallela delle caratteristiche dei due termini che si vogliono raffrontare ».[131]

La storia del rapporto fra lingua e diritto è, come si è visto, antichissima; anche se inconsapevole, già dal canto delle scimmie, la forma più rozza di linguaggio, si fornivano strumenti per l'esercizio di rudimentali forme di vivere organizzato, cioè del diritto. Nell'ultimo secolo la comparazione ed i rapporti fra lingua e diritto, e fra linguistica e teoria giuridica, sono diventati più consapevoli. Un ultimo filone della linguistica, che può offrire utili spunti sia teorici che pratici al diritto, è la « bio-linguistica », che fa parte delle neuro-scienze.

Sia linguistica che diritto sono scienze sociali, ma si è visto che la prima attinge alla scienza pura: lo stesso termine di « bio-linguistica », che è lo studio dei fenomeni linguistici in relazione ai loro fondamenti biologici, rivela questo progresso nello studio del cervello e delle sue implicazioni relative al linguaggio.[132] La linguistica si è arricchita con questo filone dal

130 Gazzola, Wickström (2016).
131 Scarciglia (2016) 47.
132 Moro (2008).

1967, quando uscì l'opera, ormai un classico, di Eric Lenneberg *Biological Foundations of Language*.[133]

Per secoli si è pensato che la lingua fosse unicamente un prodotto culturale e storico; gli studi della bio-linguistica dimostrano invece che i confini della Babele linguistica sono direttamente connessi all'architettura funzionale del cervello, qualcosa che già *in nuce* prevedevano le teorie strutturaliste e della grammatica generativa. Proprio Noam Chomsky, nella sua lezione tenuta all'Università di Firenze il 12 dicembre 2004, fa il punto della situazione quasi cinquanta anni dopo la nascita della bio-linguistica, fissandone alcuni punti ormai accettati e ammettendone le sfide ancora aperte. Per Chomsky,

> la prospettiva biolinguistica vede la lingua di una persona come uno stato di alcune componenti della mente, considerando "mente" nel senso degli scienziati del XVIII secolo, che riconoscevano che, dopo la "demolizione" da parte di Newton della "filosofia meccanicistica", basata sul concetto intuitivo di mondo materiale, non rimane un problema mente-corpo coerente, e che possiamo solo considerare aspetti del mondo "definiti mentali" come il risultato di "una struttura organica quale è quella del cervello".

I concetti espressi sono di ordine filosofico-scientifico, come dimostra la spiegazione in cosa consista essenzialmente la novità scoperta dalla bio-linguistica:

> Un fatto elementare della facoltà del linguaggio è che si tratta di un sistema di discreta infinità, raro nel mondo organico. Un qualsiasi sistema di questo tipo è basato su un'operazione primitiva che prende oggetti già costruiti, e costruisce con essi un oggetto nuovo: nel caso più semplice, l'insieme che li contiene. Si chiami quell'operazione *Unisci* [*Merge*]. O *Unisci* o qualcosa di equivalente sono un requisito minimo. Con *Unisci* a disposizione, abbiamo istantaneamente un sistema illimitato di espressioni strutturate gerarchicamente. Il resoconto più semplice del 'Grande Balzo in Avanti' nell'evoluzione degli umani sarebbe che il cervello fu rimodellato, forse da una qualche piccola mutazione, rendendo disponibile l'operazione *Unisci*.

Le citate frasi di Chomsky sulla bio-linguistica, oltre che riassumere i suoi principi,[134] rivelano un aspetto decisivo di questa sotto-disciplina della teoria linguistica, che la modella: la natura sia « umanistica » che « scientifica » della linguistica. La tradizione dell'idealismo italiano, in buona parte influenzata da Benedetto Croce, che qualificava come « pseudo-concetti »

133 Lenneberg (1967).
134 Moro (2008).

le scoperte delle scienze pure,[135] aveva privilegiato, come si è visto in precedenza, un approccio storico e filologico, insomma estetico, alla linguistica, relegando l'aspetto scientifico invece esistente, peraltro troppo enfatizzato da altri pensatori.

La linguistica odierna sembra essere attenta ad entrambi gli aspetti, e può offrire una straordinaria, complicata, ma necessaria sintesi fra cultura scientifica e umanistica, problema irrisolto, vuoi con un'esagerata enfasi sulla prima in certi ambienti, specialmente anglosassoni (che in realtà privilegiano il lato della tecnologia, decisiva poiché collegata all'economia ed alla produzione), vuoi con un certo qual disprezzo da parte degli umanisti nei confronti delle scienze, specialmente in Italia. È questo un apporto che la linguistica può dare al diritto, tenuto conto della già citata minore "scientificità" (nel senso di scienze pure) del diritto rispetto alla linguistica. Anche la polemica sull'insegnamento universitario in lingua inglese, sul quale si è espressa (favorevolmente ma ricordando al contempo l'importanza della lingua italiana come segno di identità culturale irrinunciabile) la Corte costituzionale con la sentenza n. 41 del 21 febbraio 2017, riguarda il conflitto fra cultura umanistica, espresso dalla tradizione letteraria italiana, e l'innovazione scientifica e tecnologica, veicolata dalla lingua inglese. Una sintesi è necessaria, tenuto anche conto che la tradizione italiana è forte anche nelle scienze e nella tecnologia, come i nomi di Galvani, Volta, Marconi e Fermi suggeriscono.

L'apporto della bio-linguistica ed in generale delle neuroscienze al diritto possono anche riguardare aspetti ben più pratici ed immediati di quello evocato del rispetto verso le scienze e della sintesi fra cultura scientifica ed umanistica. Alcuni risultati delle neuroscienze possono essere utilmente sfruttati dal diritto: ad esempio si può meglio giudicare degli aspetti psicologici del reo, anche attraverso le applicazioni che la biolinguistica può fare delle neuroscienze. Questo sembra l'aspetto più concreto del rapporto tra lingua e diritto, nel versante dell'utilizzo da parte di quest'ultimo dei progressi scientifici legati alla linguistica.[136] Questo per quello che riguarda la linguistica pura, o generale, mentre ancora più evidente è l'apporto al diritto

135 Croce (1905).
136 Santosuosso (2008), Pizzetti (2012), Palazzani, Zannotti (2013), Zuech (2013) e Roselli (2014).

della socio-linguistica, o la linguistica legata alle politiche sull'uso della lingua, sulla disciplina dunque dei diritti linguistici.

Oltre agli aspetti più pratici appena indicati, se ci si vuole dedicare ad una comparazione più puramente teorica e più "estrema" di quelle riportate in precedenza di Rodolfo Sacco, Ferdinand de Saussure, Giacomo Devoto e Pietro Fiorelli (ed altri), si potrebbe aggiungere un tentativo di parallelo fra « grammatica universale » e « diritto globale ». Ivi il comparatista non deve cedere alla tentazione di forzare troppo la comparazione, tanto più quella, che occorre maneggiare con grande cautela, fra discipline diverse. E la cautela esige rigore, il che fa dire che no, se in linguistica esiste una « grammatica universale », non esiste un solo diritto. Esiste però in tutte le società, e in tutti gli uomini, un senso di giustizia universale, anche se declinato in maniera diversa secondo le differenti tradizioni giuridiche. Tradizioni giuridiche che non sono cristallizzate ed immobili, come immobili e cristallizzate non sono le lingue, che si evolvono e nascono, come nel caso dei *pidgin* e delle lingue creole, la cui vicenda può ricordare quella dei sistemi giuridici misti. La giustizia universale non è però da confondere con il diritto globale, questa entità non ben definita che però esiste, e non coincide con il diritto transnazionale, ma è una somma di questo con i vari diritti, nazionali e locali, scritti e consuetudinari.[137]

Il tema appena affrontato riguarda dunque il pluralismo linguistico ed il pluralismo giuridico, ed il problema della classificazione delle lingue e dei diritti. Esistono tante tradizioni giuridiche e diverse lingue: la tassonomia è importante sia per la teoria del diritto che per la linguistica. La suddivisione in varie "famiglie" linguistiche esiste anche per le "famiglie" giuridiche. Spesso le due coincidono o si sovrappongono, in ragione di radici giuridiche comuni dettate dalla presenza della stessa lingua. Ad esempio, alle lingue neo-latine corrisponde l'area giuridica di *Civil Law*, a causa della comune radice romana ed al diffondersi del diritto romano, per opera soprattutto della dottrina, a partire dai Glossatori della scuola di Bologna,[138] ed in seguito all'espansione coloniale di Francia, Spagna, Portogallo e Belgio. Ma i Paesi di *Civil Law* non sono tutti di lingua latina o ex-colonie di essi:

137 Ortino (1999), Ferrarese (2000), Galgano (2005), Beck (2009), Kjaer (2014) e Walker (2015).

138 Calasso (1951).

si pensi alla Germania, l'Olanda ed i Paesi scandinavi nell'area linguistica germanica, ed a tutti i Paesi slavi.

Se la classificazione delle lingue è abbastanza pacifica,[139] così non è per le classificazione delle famiglie giuridiche: questa risente della realtà politica e del peso delle tradizioni culturali di chi le ha stilate. Dalla classificazione di René David[140] a quella di Zweigert-Kötz,[141] fino a quelle, più "aperte", di H. Patrick Glenn,[142] di Mattei-Monateri[143] e di Alessandro Somma,[144] fino a quella molto recente di Uwe Kischel,[145] vi è una inevitabile attenzione maggiore verso le famiglie giuridiche che si conoscono meglio, pur se le ultime sono certamente più attente al diritto politicamente emergente, come quello islamico, asiatico ed (in misura minore) africano e dei popoli indigeni (senza dimenticare operazioni, consce o meno, di esaltazione della propria tradizione giuridica in chiave egemonica[146]).

Sia la linguistica che la teoria del diritto (perlomeno quella del diritto comparato) si sono sviluppate in modo tale da non considerare alcuni ordinamenti giuridici od alcune lingue naturalmente superiori. Certamente nel diritto sussiste un senso di superiorità dei giuristi occidentali rispetto agli altri, ma sempre di più il diritto degli altri Paesi e delle altre famiglie giuridiche viene considerato degno di attenzione, se non pari.[147] E se è innegabile che alcune tradizioni giuridiche siano più elaborate rispetto ad altre, non è detto che le prime siano più funzionali rispetto a quelle ritenute più "primitive", e spesso un modello giuridico è stato "esportato" da un Paese all'altro con il prestigio del modello o con la forza,[148] come dimostra l'esperienza del colonialismo.[149] E se è certo che « tutti i tipi di lingue vantano eguali diritti per rappresentare il linguaggio »,[150] spesso la diversa realtà

139 Berruto (2006).
140 Davis (2002).
141 Zweigert, Kötz (2011).
142 Glenn (2011).
143 Mattei, Monateri (1997).
144 Somma (2014).
145 Kischel (2016).
146 Pound (1921).
147 Menski (2006).
148 Sacco (2007) 75.
149 Nuzzo (2004) e Gozzi (2015).
150 Benveniste (2010) 12.

linguistica ha creato problemi: ad esempio in Africa la regola europea si presenta all'autoctono in una forma linguistica ostica:

> nel Paese ex coloniale, infatti, si parlano molte lingue, e nessuna di esse ha una centralità tale da darle titolo per essere lingua nazionale. Il diritto si esprime allora nella lingua dell'ex colonizzatore, e non è detto che l'operatore giuridico locale lo conosca in tutte le sue finezze.[151]

Il citato esempio è tipico del legame fra lingua e diritto, in questo caso della difficoltà di far coincidere lingua e tradizione giuridica. Su un altro piano, ma con quello descritto per forza interdipendente, esistono analogie fra lingua e diritto, ma anche differenze, legate soprattutto alla maggiore (ma non assoluta) arbitrarietà del diritto rispetto alla lingua, ed al fatto che il diritto è oggetto di teorie consapevoli da più tempo che la lingua. La linguistica è in quanto scienza piuttosto recente, ma ha già offerto spunti di riflessione al diritto, che a sua volta può offrire alla prima il suo imponente bagaglio concettuale. In quanto giurista interessato ai fenomeni linguistici, ho più insistito sull'apporto dato al diritto dalla linguistica che non viceversa, seguendo illustri esempi di giuristi che si sono guardati attorno per arricchire, rendendola più creativa,[152] la scienza del diritto, reputando necessario un dialogo interdisciplinare per superare la chiusura e la gelosia dei custodi della purezza delle varie discipline del sapere universale.[153] La storia del rapporto fra lingua e diritto, e fra linguistica e teoria giuridica, è già ricca ma può riservare ancora molte felici sorprese.

Bibliografia

Alighieri, Dante (1983), De vulgari eloquentia (1301), Milano

Bartole, Sergio (1999), Le norme per la tutela delle minoranze linguistiche storiche, in: Le Regioni, 27, 1063–1065

Bartoli, Matteo Giulio (1925), Introduzione alla neolinguistica (principi, scopi, metodi), Biblioteca dell'Archivum Romanicum, serie 2, Linguistica, vol. 12, Geneve

151 Sacco (2007) 70.
152 Pascuzzi (2013).
153 Galgano (2009).

Bastide, Roger (1965), Introduzione al termine struttura, in Bastide, Roger (a cura di) (1965), Usi e significati del termine struttura nelle scienze umane e sociali, Milano, 5–16

Bastide, Roger (1965), (a cura di) Usi e significati del termine struttura nelle scienze umane e sociali, Milano

Beck, Ulrick (2009), Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria, Roma

Benveniste, Émile (2010, 1. ed. 1971), Problemi di linguistica generale, Milano, Problèmes de linguistique génerale (1966), Paris

Berruto, Gaetano (2006), Corso elementare di linguistica generale, Torino

Betti, Emilio (1949), Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano

Bonetti, Paolo (2016), (a cura di) L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani, Torino

Calasso, Francesco (1951), I glossatori e la teoria della sovranità, Milano

Caretti, Paolo, Giuseppe Mobilio (2016), (a cura di) La lingua come fattore di integrazione sociale e politica, Torino

Carrozza, Paolo (1995), Voce Nazione, in: Digesto delle discipline pubblicistiche, vol. 10, Torino, 126–159

Cavagnoli-Woelk, Stefania (2004), Einführung in die italienische Rechtssprache – Introduzione all'italiano giuridico, München

Cavagnoli, Stefania (2013), Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile, Alessandria

Chiti, Edoardo (2017), (a cura di) Unità e pluralismo culturale, Firenze

Chomsky, Noam (1957), Syntatic Structures, The Hague–Paris, http://ewan.website/egg-course-1/readings/syntactic_structures.pdf

Chomsky, Noam (1966), Cartesian Linguistics, New York and London

Chomsky, Noam (2004), lezione tenuta all'Università di Firenze il 12 dicembre, http://www.accademiadellacrusca.it/it/scaffali-digitali/articolo/prospettiva-bio linguistica-50-anni-dopo

Cortellazzo, Michele (2005), Il Comune parla chiaro. Come semplificare le comunicazioni al cittadino, Santarcangelo di Romagna (RM)

Croce, Benedetto (1905), Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro, Bari

Croce, Benedetto (1945), Discorsi di varia filosofia, vol. 2, Bari

Croce, Benedetto (1950), Filosofia della pratica, 6. ed., Bari

Croce, Benedetto (1958), Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale, Bari

Cukani, Entela (2017), Quel che resta dello Stato: l'autonomia dei Balcani occidentali, Napoli

David, René (2002), Les grands systèmes de droit contemporain, Paris

De Mauro, Tullio (1975), Dieci tesi per un'educazione linguistica democratica, http://www.giscel.it/?q=content/dieci-tesi-leducazione-linguistica-democratica

De Mauro, Tullio (1983) Introduzione a Ferdinand de Saussure, Corso di linguistica generale, Bari

De Mauro, Tullio (2011), Storia linguistica dell'Italia unita, Bari (1. ed. 1963)
De Saussure, Ferdinand (1983), Corso di linguistica generale, Bari, Cours de Linguistique générale, Paris
De Vergottini, Giuseppe (2013), Diritto costituzionale comparato, 8. ed., Padova
Degrassi, Lidianna (2016), Lingue e linguaggi diritti e libertà culturali, Milano
Devoto, Giacomo (1953), Croce storico e Croce linguista, in: Flora, Francesco (a cura di), Benedetto Croce, Milano, 155–163
Devoto, Giacomo (1958), Un nuovo incontra fra lingua e diritto, in: Lingua nostra, 19, 1–5
Devoto, Giacomo (1962), Origini indoeuropee, Padova
Duguit, Léon (1901), L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris
Ferrarese, Maria Rosaria (2000), Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna
Fiorelli, Piero (1957), Storia giuridica e storia linguistica, in: Annali di storia del diritto, 1, 261–291 http://isdi.giu.uniroma1.it/Biblioteca_digitale_file/Riviste/ASD/Annali_di_Storia_del_diritto_1_1957.pdf
Fiorelli, Piero (1966), Giuristi e linguisti tra istituzione e storia, in: La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche: atti del I congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze, 447–458
Friedrich, Carl Joachim (1968), Trends of federalism in theory and practice, London
Frosini, Vittorio (1962), La struttura del diritto, Milano
Fuselli, Stefano (2014), Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario, Milano
Galgano, Francesco (2005), La globalizzazione nello specchio del diritto, Bologna
Galgano, Francesco (2009), Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture, Bologna
Gaudenzi, Augusto (1883), Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo, in: Archivio giuridico, 31, 271–304
Gazzola, Michele, Bengt-Arne Wickström (2016), (a cura di) The Economics of Language Policy, Cambridge, Massachusetts and London
Glenn, Patrick H. (2011), Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza, Bologna, Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law (2010), Oxford–New York
Gozzi, Gustavo (2015), Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, primavere arabe, Bologna
Guido, Maria Grazia (2015), (a cura di) Mediazione linguistica interculturale in materia d'immigrazione a asilo, Lingue e linguaggi, 16 (numero speciale)
Kjaer, Poul (2014), Constitutionalism in the Global Realm. A sociological approach, London, New York
Lenneberg, Eric Heinz (1967), Biological Foundations of Language, New York
Lepschy, Giulio (1981), Mutamenti di prospettiva nella linguistica, Bologna
Leroy, Maurice (1990), Profilo storico della linguistica moderna, Les grands courants de la linguistique moderne (1963), Bruxelles, Paris

Levi, Alessandro (1931), Diritto e linguaggio, in: Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio, vol. 1, Modena, 44–62
Marazzini, Claudio (2013), Da Dante alle lingue del web. Otto secoli di dibattiti sull'italiano, Roma
Marziale, Benedetta, Virginia Volterra (2016), (a cura di) Lingua, segni, società, diritti, Roma
Mathiot, André (1965), La parola "struttura" in diritto pubblico, in: Bastide, Roger (a cura di), Usi e significati del termine struttura nelle scienze umane e sociali, Milano, 81–86
Mattei, Ugo, Pier Giuseppe Monateri (1997), Introduzione breve al diritto comparato, Padova
Mazzacane, Aldo (1974), Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema, Napoli
Menski, Werner (2006), Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9780511606687
Michael, Ralf (2006), The Functionalist Method of Comparative Law, in: Zimmermann, Reinhard, Mathias Reimann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, New York, 339–382
Migliorini, Bruno (1960), Storia della lingua italiana, Firenze
Mithen, Steven (2005), The Origines of Music, Language, Mind and Body, London
Modugno, Franco (2009), Interpretazione giuridica, Padova
Moro, Andrea (2008), The Boundaries of Babel. The Brain and the Enigma of Impossible Languages, Cambridge/Massachusetts, I confini di Babele. Il cervello e il mistero delle lingue impossibili (2015), Bologna
Mullaney, Thomas (2011), Coming to Terms With the Nation: Ethnic Classification in Modern China, Berkeley, Los Angeles
Nencioni, Giovanni (1946), Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio, Firenze
Nuzzo, Luigi (2004), Il linguaggio giuridico della conquista, Napoli
Orioles, Vincenzo (2003), Le minoranze linguistiche. Profili sociolinguistici e quadro dei documenti di tutela, Milano
Ortino, Sergio (1999), Il nuovo Nomos della Terra, Bologna
Ortino, Sergio (2010), La struttura delle rivoluzioni economiche, Bari
Palazzani, Laura, Roberto Zannotti (2013), (a cura di) Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli, Torino
Palermo, Francesco, Jens Woelk (2011), Diritto internazionale comparato dei gruppi e delle minoranze, Padova
Palici Di Suni Prat, Elisabetta (2002), Intorno alle minoranze, Torino
Panzeri, Lino (2016), La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie, Milano
Pascuzzi, Giovanni (2013) La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica, Bologna
Piergigili, Valeria (2001), Lingue minoritarie e identità culturali, Milano
Pierre-Caps, Stéphane (1995), La multination, Paris

Pizzetti, Federico Gustavo (2012) Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali, Torino
Pizzorusso, Alessandro (1993), Minoranze e maggioranze, Torino
Poggeschi, Giovanni (2010), I diritti linguistici. Un'analisi comparata, Roma
Poggeschi, Giovanni (2015), Diritti linguistici (la lingua come strumento del diritto e la lingua quale oggetto della regolamentazione giuridica), in: Digesto delle discipline pubblicistiche (aggiornamento), Torino, 95–128
Pound, Roscoe (1921), The spirit of the Common Law, New York
Pozzo, Barbara (2012), La traduttologia ieri, oggi, domani, in Antoniolli, Luisa, Gian Antonio Benacchio, Roberto Toniatti (2012), (a cura di) Le nuove frontiere della comparazione, Trento, 53–84
Sacco, Rodolfo (2007), Antropologia giuridica, Bologna
Santuosso, Amedeo (2008), (a cura di) Le neuroscienze e il diritto, Pavia
Scarciglia, Roberto (2016), Metodi e comparazione giuridica, Padova
Scarpelli, Uberto (a cura di) (1976), Diritto e analisi del linguaggio, Milano
Schlesinger, Rudolf (1998), Federalism in Central and Eastern Europe, London, New York
Somma, Alessandro (2014) Introduzione al diritto comparato, Bari
Stalin, Joseph (1952), Il marxismo e la linguistica (traduzione di Palmiro Togliatti), Roma
Tarello, Giovanni (1980), L'interpretazione della legge, Milano
Toniatti, Roberto (2000), Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa, in Revista Vasca de Administración pública, 58, 17–47
Toso, Fiorenzo (2008), Le minoranze linguistiche in Italia, Bologna
Trombetti, Alfredo (1922), Elementi di glottologia, Bologna
Walker, Neil (2015), Intimations of Global Law, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9781316134221
Wieacker, Franz (1980), Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania, vol. 2, Milano, Privatrechtsgeschichte (1967), Göttingen
Zuech, Valentina (2013), Neuroscienze e diritto. Possibilità e limiti di un'esperienza neuro-giuridica (tesi di dottorato), http://paduaresearch.cab.unipd.it/5829/1/zuech_valentina_tesi.pdf
Zweigert, Konrad, Hein Kötz (2011), Introduzione al diritto comparato, Milano

Giorgio Resta

La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi

1. Introduzione

Nel manifesto introduttivo del convegno si auspicano « contributi a tesi forti, pensati per suscitare dibattito » e che si confrontino con la deriva degli studi storici e comparatistici verso una generale « spoliticizzazione e de-contestualizzazione dei fenomeni giuridici ».[1] Raccogliendo l'invito degli organizzatori, vorrei appuntare la mia attenzione su una tendenza in atto, che si dispiega sul crinale tra diritto ed economia e coinvolge una profonda ridefinizione dei paradigmi comparatistici. Essa consiste nell'applicazione dello strumentario analitico neo-istituzionalistico al fine della comprensione dei rapporti tra modelli giuridici e sviluppo economico. Benché non si tratti di una "tesi forte" nel senso suindicato, le seguenti riflessioni si articolano intorno ad un'idea di fondo, e cioè che la « svolta neo-istituzionalistica »[2] che ha caratterizzato in anni recenti il campo delle scienze sociali rischia, se non sottoposta ad un attento controllo critico, di falsare la comprensione dei fenomeni sottostanti, legittimando una lettura parziale e troppo semplicistica del funzionamento del sistema giuridico in quanto "infrastruttura istituzionale". In particolare, si intende avanzare l'ipotesi che l'affermazione del paradigma neo-istituzionalistico abbia prodotto un duplice ordine di conseguenze:

(i) da un lato essa ha contribuito ad introdurre preziosi elementi di realismo e de-formalizzazione nell'ambito della teoria economica, ravvivando la sensibilità per la dimensione spazio-temporale dei fenomeni osservati, sostanzialmente assente nell'indirizzo neoclassico; l'analisi economica è quindi risultata maggiormente fruibile (ed interessante) per le altre scienze

1 Il documento in oggetto è riprodotto nell'Introduzione a questo volume.
2 L'espressione « neo-institutionalist turn » è infatti diventata di uso comune in molte discipline: v. ad es. Aspinwall, Schneider (2000) 1 e Krul (2016) 5.

sociali e si è determinata una crescente circolarità tra discorsi giuridici e discorsi economici;

(ii) dall'altro lato, avendo allargato il raggio di interesse della scienza economica a dimensioni diverse da quelle del puro scambio di mercato, senza sottoporre il bagaglio analitico neoclassico (e segnatamente la teoria dei prezzi e la teoria della scelta razionale) ad una profonda rivisitazione critica, la svolta neo-istituzionalistica ha finito per consolidare modelli di comprensione della realtà e dei processi di mutamento sociale che risultano spesso riduttivi e privi – nonostante le apparenze – di un'autentica sensibilità storica e comparatistica.

Per argomentare tali assunti questo intervento si articolerà in tre parti. Prima farò un rapido cenno al filone delle *Legal origins* come specifico epifenomeno dell'approccio neo-istituzionalistico sul terreno dell'analisi economico-comparata del diritto. Quindi mi concentrerò sui presupposti epistemologici dell'analisi economica neo-istituzionale attraverso una comparazione tra il pensiero di Karl Polanyi e di Douglass North quali esponenti, rispettivamente, del primo e del secondo istituzionalismo economico. Infine, proverò a spiegare perché all'approccio storico-comparatistico di Karl Polanyi si debba guardare come un valido contro-modello, in grado di offrire preziosi spunti di riflessione non soltanto per lo storico dell'economia, ma anche per il giurista.

2. Indicatori quantitativi e misurazione dei sistemi

Una delle frontiere più rilevanti dell'odierna riflessione comparatistica è rappresentata dalla *New comparative law & economics*.[3] Il filone delle *Legal origins* ne costituisce il prodotto più prestigioso. Esso verte, come è noto, sulla tesi per cui l'appartenenza di un sistema giuridico ad una determinata famiglia (o tradizione) è in un rapporto di regolarità causale con i risultati prodotti in campo economico.[4] In particolare, le due famiglie di *common law* e di *civil law* darebbero vita, secondo questa prospettiva, ad un ambiente istituzionale diversamente "abilitante" per i processi di mercato: di supporto, il primo; di ostacolo, il secondo. Ciò si spiegherebbe in ragione di alcune peculiari caratteristiche dell'impianto istituzionale di riferimento, attinenti

3 Per riferimenti Michaels (2009b).

4 Glaeser, Scheifer (2002) 1123 ss.

sia a profili di natura procedurale, come l'organizzazione delle corti giudiziarie e la fisionomia del *legal process* (che si suppone meno suscettibile di subire il *rent seeking* degli attori), sia a profili di natura sostanziale, come la maggior tutela accordata ai *property rights* anche nell'ambito dei rapporti verticali tra cittadino e Stato. Il *common law* godrebbe cioè di un vantaggio comparativo – come già sottolineava von Hayek – in quanto storicamente e funzionalmente più adatto a operare come quadro istituzionale idoneo all'autoregolazione del mercato.

Le differenze che intercorrono tra le due macrofamiglie sarebbero empiricamente dimostrabili attraverso il ricorso a precisi indicatori quantitativi concernenti il contenuto delle regole (ad esempio la tutela accordata agli investitori, la flessibilità del sistema delle garanzie mobiliari, oppure la facoltà di licenziamento), sì da render poi possibile una correlazione con i diversi tassi di crescita dei sistemi in oggetto.[5] Istituzioni sovranazionali come la Banca Mondiale hanno promosso, a tal riguardo, la redazione di vere e proprie classifiche dell'efficienza dei sistemi in relazione a problemi operativi concreti. In particolare il rapporto *Doing Business in the World*,[6] relativo alla facilità di fare impresa, ha contribuito a dare ampia visibilità all'indirizzo in discorso, incorporandone l'approccio e il metodo analitico. E tuttavia il prestigio scientifico di cui godono tali ricostruzioni si è rivelato inversamente proporzionale alla loro diffusione nel circuito dell'opinione pubblica e al loro impatto sulle agende di riforma: limitato il primo, elevati i secondi.

Che il filone delle *Legal origins* sia tutt'altro che incontroverso sul piano strettamente scientifico, è testimoniato dal numero e dalla qualità delle obiezioni di cui esso è stato fatto oggetto in questi anni.[7]

A tal proposito sarà sufficiente ricordare due principali tipologie di critiche, concernenti rispettivamente: (i) l'assunto della "misurabilità" delle differenze sul piano giuridico-istituzionale; (ii) le griglie teoriche usate per dare un significato a tali misurazioni e desumerne inferenze valide sul piano causale.

5 La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer (1998) e La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer (2008).

6 Michaels (2009a) 771 ss. e Somma (2014) 134.

7 V. in generale Husa (2012) 118 ss., Siems (2014) 170 ss., Michaels (2009a) 772 ss. e Gambaro (2009) 22 ss.

Quanto alle prime, esse non appaiono decisive se espresse in termini di opzione di principio (per cui le misurazioni non avrebbero cittadinanza nell'ambito della comparazione giuridica), per la semplice ragione che il ricorso alle indagini quantitative è assolutamente consolidato nell'ambito delle scienze sociali più vicine al settore degli studi giuridici, come la scienza della politica e la sociologia, e costantemente applicato in quelle discipline, tra esse, che fanno maggiormente uso del metodo comparativo.[8] Sicché, banalizzando alquanto i termini del problema, o si contesta radicalmente la riconducibilità del diritto al novero delle scienze sociali, o si deve accettare la misurabilità delle differenze anche attraverso indicatori quantitativi.[9] Ciò non toglie, ovviamente, che l'esattezza delle singole misurazioni sia suscettibile di revisione ed eventualmente di contestazione.[10]

Le seconde critiche appaiono invece più fondate e si appuntano sulle varie fasi del processo logico che induce a postulare una correlazione tra il quadro istituzionale di riferimento (asseritamente determinato dall'appartenenza ad una specifica famiglia giuridica), gli istituti e le regole ad esso consustanziali, e infine i risultati economici prodotti a valle. Traendo spunto dalle analisi di Ralf Michaels,[11] Katharina Pistor,[12] Marc Roe[13] e Antonio Gambaro,[14] è possibile enucleare almeno cinque tipologie di critiche:

(i) la rigidità della classificazione dei sistemi in famiglie, con riferimento sia all'insufficiente considerazione delle diversità interne alle singole famiglie sia alla sottovalutazione dei fenomeni di strutturale *mixité* dei sistemi;

(ii) la visione semplicistica del *legal process* e la sottovalutazione del fenomeno della dissociazione dei formanti;

(iii) la costruzione di inferenze causali per le quali l'assetto giuridico (e privatistico in particolare) rappresenta il fattore determinante – a preferenza di altri fattori concomitanti di natura ambientale, demografica, politica, culturale – dello sviluppo economico;

(iv) l'assenza di regolarità temporali e l'arbitrarietà della periodizzazione usata per verificare su base comparativa le conseguenze economiche delle

8 Vigour (2005) 97 ss. e Moses, Knutsen (2012) 95 ss.
9 Spamann (2015) 131 ss., Siems (2014) 146 ss. e Gambaro (2009) 32 ss.
10 Per un panorama Husa (2012) 118 ss.
11 Michaels (2009a).
12 Pistor (2009).
13 Roe (2006).
14 Gambaro (2009).

regole (gli anni Novanta, ad esempio, invece del periodo 1950–1970, dove le economie coordinate erano quelle che crescevano di più);

(v) la limitazione delle analisi alla tradizione giuridica occidentale e il travisamento delle dinamiche effettuali della circolazione dei modelli giuridici.

3. Neo-istituzionalismo economico e *new comparative law and economics*

Non è questa la sede opportuna per soffermarsi su ciascuna di queste critiche, che nella maggior parte dei casi appaiono persuasive e bene argomentate. Mette conto, invece, enfatizzare l'assunto comune alla maggior parte di tali analisi, e segnatamente la rivendicazione della complessità del giuridico, e più in generale del politico, rispetto alle semplificazioni operate dalla *New comparative law & economics*. Per capire perché le griglie di lettura della realtà giuridica da esso fornite risultino troppo parziali e talora fuorvianti, può forse essere utile ritornare sulla genesi intellettuale della corrente di *Law & finance,* che della Nuova analisi economico comparata rappresenta il nucleo intellettuale più forte e precisamente definito.

Come ha ricordato Antonio Gambaro,[15] i suoi più diretti referenti teorici debbono essere ricercati nell'economia dei costi di transazione di Oliver Williamson e nella nuova storia economica istituzionale di Douglass North, divenuta a sua volta uno dei punti di riferimento teorici centrali per l'elaborazione delle politiche di aiuto allo sviluppo poste in essere in anni recenti dalle organizzazioni sovranazionali (e in primo luogo dalla Banca mondiale).[16]

Secondo queste prospettive, l'assetto istituzionale – intendendosi stipulativamente per istituzione il complesso dei vincoli formali e informali che condizionano i comportamenti individuali e delle organizzazioni[17] – rappresenta il fattore che è meglio in grado di spiegare la differente traiettoria di sviluppo seguita dalle varie società. Le istituzioni, e le istituzioni giuridiche in particolare, essendo elaborate per ridurre gli ostacoli derivanti dalle imper-

15 Gambaro (2009) 16 ss.

16 Sull'influenza del neo-istituzionalismo economico sulle politiche di sviluppo perseguite dalle organizzazioni sovranazionali v. Bates (2014) 61 ss. e Faundez (2016) 374 ss.

17 Per questa definizione v. North (1994) 23 ss.

fette informazioni, dalla razionalità limitata e in generale dai costi di transazione, stabilirebbero una struttura di incentivi in grado di orientare i comportamenti individuali, favorendo (se ben costruite) l'azione cooperativa e in particolare stabilendo un sistema di sanzioni per assicurare il cosiddetto *credible commitment*.[18] Pertanto, non si potrebbe effettivamente comprendere il processo di crescita e mutamento dell'economia prestando unicamente attenzione ai classici fattori della produzione, senza adeguatamente considerare il quadro istituzionale di riferimento. Di qui la tesi per cui l'efficienza del processo economico è funzione dell'efficienza dell'assetto istituzionale di partenza e l'ulteriore corollario per cui le riforme giuridiche rappresenterebbero la leva più efficace per fluidificare il funzionamento del mercato, stimolando la crescita economica.[19]

Il neo-istituzionalismo di Williamson e di North rappresenta – come è noto – il punto d'arrivo di un graduale processo di de-formalizzazione della teoria economica, che ha condotto a riportare la dimensione spazio-temporale al centro del raggio di interesse degli economisti, che ancora negli anni Cinquanta guardavano al mercato come stato naturale delle cose, piuttosto che come realtà socialmente condizionata.[20] La riscoperta delle istituzioni, sia pure all'interno del filtro analitico offerto dall'economia neoclassica, già riconducibile ai primi saggi di Coase sulla natura dell'impresa, raggiunge il suo apice negli anni Settanta e si compone di tre fasi logicamente successive:[21] (i) nella prima ci si chiede quale sia l'impatto delle istituzioni – assunte come date – sul mercato e sulla *performance* economica (si pensi ad esempio a Coase e al problema dell'allocazione dei costi sociali derivanti dalle attività produttive); (ii) nella seconda ci si interroga su come si sviluppano le istituzioni (ad esempio un mutamento nella tecnologia, come la diffusione del filo spinato nell'esempio di Demsetz,[22] altera i costi e benefici attesi dell'in-

18 Su questa nozione v. Faundez (2016) 377 ss., 381.

19 È su tale nucleo teorico fondamentale che si innesta la particolare lettura proposta Hernan de Soto e dagli altri fautori della *supply side economics*, secondo cui l'efficienza dell'apparato istituzionale sarebbe assicurata dalla prevalenza del diritto privato sul diritto pubblico e in particolare da strumenti quali il rafforzamento dei *property rights*, la rimozione dei limiti alla libertà contrattuale e la tutela dei diritti dei creditori. Cfr. Gambaro (2009) 19.

20 Harris (2003) 300.

21 Harris (2003) 306 ss.

22 Demsetz (1967).

troduzione di un nuovo assetto istituzionale); (iii) nella terza fase ci si accorge che il diritto non è fornito in maniera neutrale dallo Stato e che il gioco tra processo economico e mutamento istituzionale è circolare e richiede una modellizzazione comprensiva delle questioni redistributive e degli aspetti di *public choice*.[23]

Una siffatta impostazione ha riportato il diritto al centro dell'agenda teorica degli economisti e degli storici dell'economia di scuola nordamericana,[24] ponendo le premesse per un riavvicinamento tra discipline che avevano in passato dialogato solo a distanza, come la storia del diritto e la storia economica,[25] o la comparazione giuridica e l'economia comparata. E tuttavia, come si è visto trattando delle *Legal origins*, l'interazione che viene oggi a stabilirsi non segue sempre canoni di reciprocità, né è in ogni caso mutualmente produttiva. Al contrario, lo scambio intellettuale che si instaura, su queste basi, tra la scienza giuridica e la scienza economica appare talora sbilanciato e unilaterale. Per quali ragioni?

4. Scarsità e scelta razionale come assiomi universali?

A me pare che il maggiore condizionamento derivi dall'accettazione e dalla generalizzazione acritica da parte del neo-istituzionalismo economico di due capisaldi teorici dell'economica neoclassica, ossia la teoria dei prezzi e la teoria della scelta razionale, sia pure rivisti alla luce del modello dei costi di transazione (*à la* Coase) e della razionalità limitata (*à la* Simon).[26] Tali strumenti analitici e il correlativo bagaglio ideologico di riferimento offrono – *forse* – un valido ausilio per la comprensione della realtà là dove si esamino sistemi economici e apparati istituzionali riconducibili all'economia liberale di mercato. Ma si può far affidamento su di essi quando l'analisi viene ad appuntarsi, diacronicamente, su momenti storici antecedenti alla rivoluzione industriale e all'avvento del moderno capitalismo (come ad esempio quando si guarda alla Magna Charta in termini di *bargain* coasiano,

23 Cruciale, ovviamente, per questa terza fase è stato sul piano storico il crollo dei sistemi socialisti e l'attenzione prestata alla ricostruzione delle istituzioni giuridiche resa necessaria con il passaggio al capitalismo.

24 Harris (2003) 310 ss.

25 Harris (2003) 297 ss.

26 Sul punto v. North (1974) 3–4; v. inoltre Ménard, Shirley (2014) 11 ss.

o si ricostruisce la relazione di servaggio feudale come accordo "contrattuale" efficiente in ragione dei costi di transazione sottesi)? Oppure, sincronicamente, su contesti culturali estranei alla tradizione occidentale (come quando si argomenta, in base agli assiomi della microeconomia, l'efficienza dello scambio *kula* praticato dagli isolani trobriandesi della Melanesia occidentale)?

Questa, a mio avviso, è la domanda che Karl Polanyi porrebbe oggi ai fautori della *new comparative economics*. Credo che tale domanda debba essere presa sul serio, non soltanto perché va al cuore della problematica del giuscomparatista, ma prima ancora perché è proprio da questo interrogativo che trae origine una parte importante della riflessione di Douglass North. Nel 1977, infatti, North pubblicò nel *Journal of European Economic History* un saggio importante, benché poco noto al di fuori del cerchio dell'antropologia economia, intitolato: *Markets and Other Allocation Systems in History: The Challenge of Karl Polanyi*.[27]

Il Polanyi la cui sfida North intende raccogliere non è soltanto quello della « Grande trasformazione »[28] e della critica all'utopia del mercato autoregolantesi, ma anche e soprattutto il Polanyi del secondo dopoguerra,[29] autore di fondamentali ricerche di storia e antropologia economica condotte da lui e dalla sua scuola presso la Columbia University e confluite, a tacer d'altro, nel volume *Traffici e mercati negli antichi imperi*.[30] Il cuore del suo discorso è che il mercato autoregolantesi – quale quello conosciuto in epoca vittoriana – ha costituito il meccanismo predominante di allocazione delle risorse soltanto in una brevissima fase della storia umana, ossia il diciannovesimo secolo. Prima di quel momento e dopo di esso (a partire almeno dagli anni Trenta) altri sistemi allocativi hanno caratterizzato il sistema economico e nessuno di essi è basato sulla logica del comportamento massimizzante. Di conseguenza, l'apparato teoretico degli economisti sia neoclassici sia marxisti, centrato sul postulato della scarsità e sulla teoria della scelta razionale, risulterebbe idoneo a spiegare soltanto una piccola porzione dei cinque millenni della storia umana.[31] Una porzione connotata, appunto,

27 North (1977) 703.
28 Polanyi (1974).
29 Per questa periodizzazione v. Dale (2010) 137 ss.
30 Polanyi, Arensberg, Pearson (1978).
31 Polanyi (1977) 6 ss.

dalla dissociazione del mercato dalla rete dei rapporti sociali e dalla mercificazione di lavoro, terra e moneta, da cui deriverebbe, per necessità storica, la generalizzazione del comportamento massimizzante dell'individuo razionale, costretto a ciò dal rischio dell'inedia.[32] Tale apparato risulterebbe invece inappropriato per lo studio delle società antiche e delle civilizzazioni non occidentali, e ctonie in particolare. Per la comprensione di tali sistemi, Karl Polanyi si affida un diverso modello teorico, che dismette la centralità del mercato e assegna autonomo rilievo a tre principali « forme di integrazione »:[33] la reciprocità, la redistribuzione e lo scambio. Tali sistemi allocativi – che egli studia con riferimento alle civiltà ctonie, alle economie antiche mesopotamiche e greche, al sistema del "porto franco" praticato in varie zone dell'Africa e dell'India[34] – non si reggono sul comportamento massimizzante degli individui, ma rispondono alla logica maussiana dei « fatti sociali totali ».[35] Essi non possono essere effettivamente compresi se non assumendo una prospettiva complessa, dove la dimensione economica non è dissociabile da quella culturale, sociale e psicologica.

North afferma espressamente che la sfida di Polanyi deve essere presa sul serio perché è incontestabile che il mercato abbia svolto un ruolo soltanto marginale nella storia economica – a differenza di modelli alternativi come il feudo, la famiglia, le corporazioni, etc. – e sia tuttora integrato da meccanismi allocativi diversi, come la reciprocità o la redistribuzione.[36] Ciò che Polanyi non spiega, secondo North, è come si possa formalizzare la descrizione dei modelli alternativi secondo ipotesi suscettibili di falsificazione e soprattutto quali siano *i fattori che spiegano il passaggio dall'uno all'altro sistema allocativo*.[37] Su questo punto le impostazioni dei due autori divergono radicalmente ed esemplificano le differenze che separano il nuovo dal vecchio istituzionalismo economico: il primo, potremmo dire, più vicino alla logica delle scienze sociali, il secondo più aderente alla logica delle scienze umane.

32 Polanyi (2013) 59 ss. e Polanyi (2015) 315 ss.
33 Polanyi (1977) 250 ss.
34 Per un'analisi approfondita v. Dale (2010) 137 ss. e Lombardi, Motta (1980) 237 ss.
35 Mauss (2009) 71.
36 North (1977) 703–707.
37 North (1977) 715.

North propone una spiegazione economicistica (e molto "coasiana")[38] delle istituzioni non mercantili che si trovano nella storia. Muovendo dall'assunto per cui una precondizione essenziale del mercato autoregolantesi è l'esistenza di *property rights* ben definiti e ben protetti,[39] egli propugna la tesi per cui l'esistenza di istituzioni operanti al di fuori del sistema dei prezzi e funzionalmente alternative al mercato va ricondotta eziologicamente alla presenza di costi eccessivi ai fini della definizione e della tutela dei *property rights*, e dunque ai costi di transazione coinvolti nella messa in atto dei fondamenti operativi del mercato.[40] Uno degli esempi proposti da North è quello dello scambio circolare *kula*,[41] studiato sul campo da Bronislaw Malinowski e poi ripreso da Polanyi già ne « La grande trasformazione ».[42] Secondo North, la scelta del sistema allocativo basato sulla reciprocità costituisce un modello efficiente perché elide i costi di transazione che sarebbero coinvolti in sistema di scambi corrispettivi, in assenza di un'autorità politica deputata a garantire il rispetto dei termini dell'accordo.[43] L'istituzione sociale del dono andrebbe quindi intesa come risposta razionale ed efficiente al problema dei costi insiti, in quel contesto, nell'uso del sistema dei prezzi. Analoga poi è la spiegazione che North dà dei casi storici, già discussi da Polanyi, del porto franco e del commercio amministrato.[44] In breve, le istituzioni alternative al mercato incontrano la preferenza degli attori sociali quando si rivelano più efficienti del mercato medesimo.[45]

Tale modello esplicativo ruota quindi intorno all'idea per cui è il mutamento al margine dei costi di transazione a determinare una pressione per il cambiamento (e in quest'ottica il perfezionamento) dell'assetto istituzionale. Non c'è dubbio che questa lettura sia stata resa in seguito dallo stesso North più complessa e articolata (soprattutto attraverso l'aggiunta dell'elemento "ideologia" e della considerazione dei vincoli di natura informale).[46] Tutta-

38 Per una disamina dei rapporti tra l'approccio di Coase e quello di North v. Faundez (2016) 387.
39 Sul punto v. Faundez (2016) 383.
40 North (1977) 710 ss.
41 North (1977) 712.
42 Polanyi (1974) 62 ss.
43 North (1977) 713.
44 North (1977) 713–715.
45 North (1977) 709–711.
46 V. in part. North (2006) 19 ss.; e sul punto v. Krul (2016) 14 ss. e Ménard, Shirley (2014).

via i suoi presupposti fondamentali permangono invariati, sia nelle ricostruzioni dell'ultimo North,[47] sia nei molteplici studi d'ispirazione neo-istituzionalistica che hanno preso le mosse dalla sua importante opera. Tali presupposti possono essere ridotti alle seguenti asserzioni:[48]

(i) l'unità elementare dell'analisi è costituita dall'individuo, la cui azione spiega il sorgere delle istituzioni, come prodotto deliberato dell'azione umana (individualismo metodologico);[49]

(ii) il comportamento degli individui risponde alla teoria della scelta razionale (declinata nel senso più specifico della *bounded rationality* e arricchita dal riferimento a credenze ed ideologie);[50]

(iii) la scarsità e i costi di transazione sono strumenti teorici trasponibili a qualsiasi contesto socio-economico;

(iv) proprietà e contratto sono considerati come istituti giuridici fondamentali, sostanzialmente invarianti nelle diverse epoche e culture di riferimento.[51]

5. Per un approccio antiformalistico alla storia comparata delle istituzioni: la lezione di Karl Polanyi

Molteplici elementi, primo tra tutti l'impatto delle sue tesi presso le istituzioni sovranazionali come la Banca mondiale, fanno ritenere che il pensiero di North, un tempo espressione dell'eterodossia, sia oggi assurto al *mainstream* nel campo dell'economia dello sviluppo.[52] La riflessione di Polanyi, per contro, espressione più del "primo" che non del "secondo" istituzionalismo economico,[53] è confinata ad un cerchio ristretto di studiosi, ed in particolare sociologi, antropologi e storici dell'economia; al di fuori di tali discipline, essa rimane invece assai meno conosciuta. È opinione di chi scrive, tuttavia, che per i problemi con i quali il giurista (e il comparatista in particolare) è oggi chiamato a confrontarsi, il pensiero di Polanyi, rappre-

47 V. Faundez (2016) 386.
48 V. in proposito l'attenta analisi di Krul (2016) 14 ss. e Faundez (2016) 386 ss.
49 Faundez (2016) 386.
50 North (2006) 45 ss.
51 Faundez (2016) 412.
52 Faundez (2016) 410.
53 Sulle diverse concezioni caratteristiche del primo e del secondo istituzionalismo economico, v. Cangiani (2008), Cangiani (2011), Rutherford (2000) e Stansfield (1999).

senti un punto di riferimento prezioso. In particolare, esso offre un contro-modello particolarmente efficace al fine di vagliare in maniera critica, e dunque relativizzare il peso degli argomenti "economicistici", presentati come assiomi neutrali, apolitici e dotati di valenza universale, che condizionano l'intero impianto teorico neo-istituzionalistico.

Uno degli elementi che distingue più nettamente la prospettiva di North da quella di Polanyi sta nell'impiego dello strumentario analitico dell'economia neoclassica, quale "griglia di intellegibilità" dell'integralità delle relazioni sociali di oggi e del passato: dunque non soltanto dei rapporti economici in un quadro di capitalismo avanzato, ma anche della sfera non economica, e così pure dei rapporti economici delle società precapitalistiche.[54] Nella lettura di North e dei neo-istituzionalisti, il mercato rappresenta, infatti, la pietra angolare universale per comprendere e razionalizzare sul piano scientifico qualsiasi relazione sociale.[55] Ciò in quanto si ritiene, da un lato, che le leggi della domanda e dell'offerta siano universalmente valide in contesti di scarsità e, dall'altro che gli individui siano *naturalmente* portati alla massimizzazione delle proprie utilità, e segnatamente delle utilità di natura economica.

Polanyi muove da una prospettiva radicalmente divergente.[56] Egli non nega che i mercati siano esistiti anche nelle economie antiche, ma sostiene che il loro significato sociale era incomparabilmente diverso da quello attuale: i mercati dell'epoca pre-capitalista erano costitutivamente inseriti (*embedded*) in una rete di relazioni sociali, come la religione, la politica e le gerarchie sociali, ed erano privi del carattere di autoregolazione proprio dell'assetto moderno.[57] Tutte le forme di integrazione sociale precedentemente evocate – la reciprocità, la redistribuzione e lo scambio – erano parte di una rete di relazioni che ne determinava la struttura e il significato. L'economia in senso sostanziale – ossia il « processo economico istituzionalizzato di interazione fra uomo e ambiente naturale-sociale, capace di assicurare il soddisfacimento dei bisogni esistenziali »[58] – ha sempre costituito

54 L'espressione, come pure la sostanza dell'argomentazione, riprende Foucault (2007) 198–200; sulla differenza tra i due approcci indicati nel testo v. Harriss (2007) 43 ss.

55 In generale v. Ménard, Shirley (2014) 11 ss.

56 Sul punto v. Cangiani (2011) 177 ss.

57 Polanyi (2013) 175 ss.

58 Tale definizione, presente in Polanyi, Arensberg, Pearson (1978), è opportunamente richiamata da Lombardi, Motta (1980) 241.

un « instituted process ».[59] Questa condizione muta in maniera radicale nel diciannovesimo secolo per effetto della mercificazione di terra, lavoro e moneta e dell'avvento del sistema di mercato autoregolantesi.

È a questo punto che si registra il famoso passaggio dall'*economia* costitutivamente inserita nelle relazioni sociali alla *società* costitutivamente inserita nei rapporti economici (paradigma della *società di mercato*). È soltanto in questa fase che emerge e si diffonde nelle scienze sociali il modello antropologico dell'*homo oeconomicus* e si individuano la fame e il profitto come determinanti del comportamento individuale.[60] Polanyi non nega che tale archetipo abbia un effettivo fondamento in un siffatto assetto socio-economico, ma ne contesta la generalizzabilità.[61]

Infatti, l'agire massimizzante rappresenta il frutto dello specifico meccanismo istituzionale proprio della "società di mercato", ma non è ad esso antecedente. Ecco perché, secondo Polanyi, non si può estendere alle società precapitalistiche lo strumentario analitico e l'apparato ideologico che si forma con l'avvento del mercato autoregolantesi e che trova negli assiomi della "scarsità" e della razionalità utilitaristica i suoi tratti caratterizzanti.[62] Altrimenti si incorrerebbe nella più volte denunziata "fallacia economicistica". In particolare, nota Polanyi, non si possono spiegare le altre forme di integrazione sociale osservabili nelle civiltà antiche come "alternative" (e dunque omologhi funzionali) al mercato, in quanto essere erano "antecedenti" (e dunque ontologicamente distanti) rispetto al mercato autoregolantesi.

Mi pare, dunque, che egli enfatizzi il problema *storico* in maniera più pregnante di quanto accada con la riflessione di North, la quale è invece assorbita soprattutto da preoccupazioni di carattere *teorico* inerenti alla falsificabilità delle singole asserzioni (e qui la teoria si incrocia con il problema della c.d. avalutatività delle scienze sociali, sulla quale Polanyi si era soffermato criticamente sin dalla fase viennese[63]).

Proprio il problema storico – indipendentemente dalla persuasività di alcuni passaggi della sua ricostruzione[64] – reggeva l'impianto della « Grande

59 Polanyi, Arensberg, Pearson (1978) 297 ss.
60 Polanyi (1977) 6 ss.
61 Polanyi (2013) 175 ss.
62 Humpreys (1979) 197 ss.
63 Polanyi (2013) 147 ss.
64 Per un'analisi delle critiche mosse a Polanyi (anche) dal punto di vista storiografico, v. Dale (2010) 72 ss.

trasformazione », avendo Polanyi dedicato tutti i suoi sforzi all'individuazione delle « origini politiche ed economiche della nostra epoca » (come recita il sottotitolo del volume), pervenendo a conclusioni radicalmente opposte a quelle di von Hayek. Polanyi insisteva, infatti, sulla profonda artificialità del meccanismo del mercato autoregolantesi, che non fu il prodotto di un ordine spontaneo, ma fu etero-imposto attraverso decisioni giuridiche e politiche. Particolare rilievo viene assegnato a tal riguardo non già al *corpus* del diritto giurisprudenziale (che invece nella lettura di Hayek sarebbe la proiezione istituzionale e al contempo la garanzia dell'ordine spontaneo), bensì alla legislazione parlamentare, decisiva ai fini dell'instaurazione dei presupposti dell'economia di mercato. Quando il volume analizza l'abrogazione del sistema di Speenhamland a seguito del *Poor Law Amendment Act* del 1834,[65] Polanyi ricorda come in realtà le corti avessero protetto il sistema premoderno dell'assistenza agli indigenti, mentre fu soltanto grazie alla riforma legislativa che fu possibile porre le basi per un vero e proprio mercato del lavoro. In ragione di queste ed altre analoghe considerazioni, Polanyi conclude enfaticamente che *laissez faire was planned, planning was not*.[66]

La relazione hayekiana tra *cosmos* e *taxis*[67] ne risulta dunque interamente capovolta: *taxis* per Polanyi non fu l'intervento eteronomo, perturbatore dell'equilibrio di mercato, bensì ciò che condusse concretamente all'avvento del mercato stesso; mentre *cosmos*, l'ordine spontaneo, è associato nel pensiero di Polanyi non già alle forze produttive dell'autoregolazione di mercato, bensì all'istintiva e naturale reazione difensiva della società (dalle protezioni sociali dei lavoratori al controllo della moneta), compendiata nella metafora polanyiana del « doppio movimento ».[68]

Già da questi schematici rilievi mi pare possa evincersi il plusvalore della lettura polanyiana, la quale si rivela sotto diversi aspetti più aderente alla sensibilità storica e dunque più "realistica" di quella proposta da molti neo-istituzionalisti. La lettura di Polanyi è maggiormente aderente al metodo storico (e a quello comparatistico) perché presta la massima cura nell'evitare di trasporre a contesti temporalmente e culturalmente differenti griglie di

65 Polanyi (1974) 99 ss.
66 Polanyi (1974) 180.
67 Von Hayek (2000) 48 ss.
68 Sul punto v. anche Frerichs (2011) 81.

lettura proprie dell'assetto contemporaneo, e prende atto della diversità qualitativa dei vari modelli di capitalismo.[69] Tutta la polemica di Polanyi nei confronti degli approcci "formalistici" e la sua preferenza per una lettura "sostanziale" della nozione di economico, originariamente argomentata nel saggio su Carl Menger e poi ripresa in vari studi successivi,[70] si inquadra coerentemente all'interno di tale impostazione. In questo modo ci si sottrae al pericolo della "fallacia economicistica", la quale inficia gran parte della letteratura di impianto neo-stituzionalistico e, di riflesso, di molte indagini riconducibili al filone della *Second comparative law & economics*. Di fatto, molte delle critiche avanzate nei confronti della tesi delle *Legal origins* e della stessa idea del *ranking* dei sistemi giuridici secondo una scala omogenea di valori possono essere riformulate in termini di critica della fallacia economicistica.[71]

Essa è inoltre più realistica, poiché non postula una artificiale separazione dell'economia dalle altre sfere sociali: la storia economica di Polanyi è non soltanto profondamente debitrice del pensiero antropologico, mantenendo al centro dell'analisi il dato della "cultura" in quanto vettore di significato per i rapporti economici, ma riporta all'interno del discorso scientifico la questione decisiva del *potere* come variabile in grado di spiegare la struttura e i mutamenti delle istituzioni.[72]

Ancora, e di riflesso, essa capovolge il rapporto tra teoria del comportamento individuale e istituzioni: non sono le istituzioni ad essere il prodotto dell'agire utilitaristico, come invece assume il paradigma neo-istituzionalistico, ma è l'agire utilitaristico a essere il prodotto di un determinato assetto istituzionale. Le istituzioni, in altri termini, nella sua ottica, precedono e condizionano il tipo di incentivi sottesi all'azione individuale e al suo modello di razionalità, e non viceversa.[73] Sicché, mentre è possibile affermare che la società di mercato induce al calcolo economizzante, non è invece possibile spiegare il cambiamento istituzionale e l'emersione degli stessi dispositivi del mercato autoregolantesi alla luce della sola logica della massimizzazione delle utilità.

69 Berthoud (1990) 171 ss.
70 Polanyi (1971) 16 e Polanyi (2013) 83 ss.
71 Per alcuni spunti in tal senso v. Somma (2014) 164.
72 Per questa lettura v. Cangiani (2008) e Cangiani (1998).
73 Per una particolare argomentazione, alla luce delle risultanze dell'economia comportamentale, v. Resta (2014) 55–64.

Che questo sia un approccio più realistico, è dimostrato dalle più recenti acquisizioni delle scienze cognitive e comportamentali, le quali hanno indotto a rivedere criticamente i fondamenti del modello dell'*homo oeconomicus*.[74] In ragione di questi rilievi, credo sia corretto affermare che la lettura delle istituzioni proposta da Polanyi sia notevolmente più complessa, articolata e soprattutto meno "spoliticizzante" di quella propria dell'ortodossia neo-istituzionalistica e come tale maggiormente fruibile da parte del giurista anche nel suo ruolo di "ingegnere sociale".

Bibliografia

Antoniolli, Luisa (2012), La letteratura in materia di misurazione del diritto – breve itinerario ragionato, in: AA. VV., Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, 453–485

Aspinwall, Mark D., Gerald Schneider (2000), Same Menu, Separate Tables: The Institutionalist Turn in Political Science and the Study of European Integration, in: European Journal of Political Research, 38, 1–36

Bates, Robert H. (2014), The New Institutionalism, in: Galiani, Sebastian, Itai Sened (a cura di), Institutions, Economic Growth, and Property Rights: The Legacy of Douglass North, Cambridge, 50–65

Berthoud, Gerald (1990), Toward a Comparative Approach: The Contribution of Karl Polanyi, in: Polanyi-Levitt, Kari (a cura di), The Life and Work of Karl Polanyi. A Celebration, Montreal–New York, 171–181

Cangiani, Michele (1998), Economia e democrazia. Saggio su Karl Polanyi, Padova

Cangiani, Michele (2011), Karl Polanyi's Institutional Theory: Market Society and Its "Disembedded" Economy, in: Journal of Economic Issues, 45, 177–198, https://doi.org/10.2753/JEI0021-3624450110

Cangiani, Michele (2008), The forgotten institutions, in Harvey, Mark, Ronnie Ramlogan, Sally Randles (a cura di), Karl Polanyi. New perspectives on the place of the economy in society, Manchester–New York, 25–42

Coase, Ronald (1937), The Nature of the Firm, in: Economica, 4, 386–405, https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x

Coase, Ronald (1960), The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics, 3, 1–44, https://doi.org/10.1086/466560

Dale, Gareth (2010), Karl Polanyi. The Limits of the Market, Cambridge

74 Per un panorama di sintesi Resta (2014) 25 ss.

Demsetz, Harold (1967), Toward a Theory of Property Rights, in: American Economic Review, 57, 347–359

Faundez, Julio (2016), Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for Law and Development, in: Hague Journal on the Rule of Law, 8, 373–419

Foucault, Michel (2007), Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978–1979), Milano

Frerichs, Sabine (2011), Re-embedding Neo-Liberal Constitutionalism: A Polanyian Case for the Economic Sociology of Law, in: Joerges, Christian, Josef Falke (a cura di), Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford–Portland, 65–84

Gambaro, Antonio (2009), Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto, in: AA. VV., Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 12, Milano, 7–38

Gambaro, Antonio (2012), Misurare il diritto?, in: AA. VV., Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Napoli, 17–48

Glaeser Edward L., Andrei Shleifer (2002), Legal Origins, in: The Quarterly Journal of Economics, 117, 1193–1229

Harris, Ron (2003), The Encounters of Economic History and Legal History, in: Law & History Review, 21, 297–346, https://doi.org/10.2307/3595094

Harriss, John (2007), Institutions, politics and culture: a Polanyian perspective on economic change, in: Harvey, Mark, Ronnie Ramlogan, Sally Randles (a cura di), Karl Polanyi. New perspectives on the place of the economy in society, Manchester–New York, 43–57

von Hayek, Friedrich August (2000), Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata, Torino

Humphreys, Sarah (1979), History, Economics, and Anthropology: the Work of Karl Polanyi, in: History and Theory, 8, 165–212, https://doi.org/10.2307/2504323

Husa, Jaakko (2012), Comparative and Economic Approaches to Law: A Tale of Wilful Misunderstanding?, in: Comparative Legal History, 1, 105–124

Joerges, Christian, Josef Falke (2011), (a cura di) Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford–Portland

Krul, Matthijs (2016), Institutions and the Challenge of Karl Polanyi: Economic Anthropology After the Neoinstitutionalist Turn, Halle–Saale.

La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny (1998), Law and Finance, in: Journal of Political Economy, 106, 1113–1155

La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer (2008), The Economic Consequences of Legal Origins, in: Journal of Economic Literature, 46, 285–332

Lombardi, Franco, Motta Riccardo (1980), Traffici e mercati. L'istituzionalismo di Karl Polanyi, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 10, 231–252

Mauss, Marcel (2009), Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques (1925), Paris.

Medema, Steven G. (1997), The Trial of Homo Economicus: What Law and Economics Tells Us about the Development of Economic Imperialism, in Davis, John Bryan (a cura di), New Economics and Its History, Durham–London, 122–142

Ménard, Claude, Mary Shirley (2014), The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics, in Galiani, Sebastian, Itai Sened (a cura di), Institutions, Economic Growth, and Property Rights: The Legacy of Douglass North, Cambridge, 11–29

Michaels, Ralf (2009a), Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, in: American Journal of Comparative Law, 57, 765–795

Michaels, Ralf (2009b), The Second Wave of Comparative Law and Economics, in: University of Toronto Law Journal, 59, 197–213, https://doi.org/10.3138/utlj.59.2.197

Mirowski, Philip, Dieter Plehwe (2009), (a cura di) The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective, Cambridge–London

Moses, Jonathon, Torbjørn Knutsen (2012), Ways of Knowing. Competing Methodologies in Social and Political Research, 2. ed., Basingstoke–New York, https://doi.org/10.1007/978-1-137-00841-1

North, Douglass C. (1974), Beyond the New Economic History, in: The Journal of Economic History, 34, 1–7

North, Douglass C. (1977), Markets and Other Allocation Systems in History: The Challenge of Karl Polanyi, in: Journal of European Economic History, 6, 703–716

North, Douglass C. (2005), Institutions and the Performance of Economies Over Time, in Ménard, Claude, Mary Shirley (a cura di), Handbook of New Institutional Economics, Berlin–Heidelberg, 21–30

North, Douglass C. (1994), Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia, Bologna

North, Douglass C. (2006), Capire il processo di cambiamento economico, Bologna

Peukert, Helge (2001), Bridging Old and New Institutional Economics: Gustav Schmoller and Douglass C. North, Seen With Old Institutionalists' Eyes, in: European Journal of Law and Economics 11, 91–130, https://doi.org/10.1023/A:1008722601824

Pistor, Katharina (2009), Rethinking the "Law and Finance" Paradigm, in: Brigham Young University Law Review, 6, 1647–1670

Polanyi, Karl (1947), Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern, in: Commentary 3, 109–117

Polanyi, Karl (1971), Carl Menger's Two Meanings of "Economic" in: Dalton, George (a cura di), Studies in Economic Anthropology, Washington D.C., 16–24

Polanyi, Karl (1974), La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca, trad. it., Torino

Polanyi, Karl (1977), The Livelihood of Man, New York–San Francisco–London
Polanyi, Karl, Conrad M. Arensberg, Harry W. Pearson (1978), (a cura di) Traffici e mercati negli antichi imperi, trad. it., Torino
Polanyi, Karl (2013), Per un nuovo Occidente. Scritti 1919–1958, a cura di Resta, Giorgio, Mariavittoria Catanzariti, trad. it., Torino
Polanyi, Karl (2015), Una società umana un'umanità sociale. Scritti 1918–1963, trad. it., Milano
Resta, Giorgio (2014), Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e "irrazionali", in: Rivista critica del diritto privato, 32, 25–64
Roe, Mark J. (2006), Legal Origin and Modern Stock Markets, in: Harvard Law Review, 120, 460–527
Rutherford, Malcom (2000), Institutionalism between the Wars, in: Journal of Economic Issues 34, 291–303, https://doi.org/10.1080/00213624.2000.11506267
Siems, Mathias (2014), Comparative Law, Cambridge
Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma–Bari
Spamann, Holger (2015), Empirical Comparative Law, in: Annual Review of Law and Social Science, 11, 131–153, https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110413-030807
Stansfield, Ronald j. (1999), The Scope, Method, and Significance of Original Institutional Economics, in: Journal of Economic Issues, 33, 230–242
Vigour, Cécile (2005), La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes, Paris, https://doi.org/10.3917/dec.vigou.2005.01
White, Lawrence H. (2012), The Clash of Economic Ideas. The Great Policy Debates and Experiments of the Last Hundred Years, Cambridge
Williamson, Oliver E. (2005), Transaction Cost Economics, in: Ménard Claude, Mary Shirley (a cura di), Handbook of New Institutional Economics, Berlin–Heidelberg, 41–65

Roberto Scarciglia

Storia e diritto globale
Intersezioni metodologiche e comparazione

1. Introduzione

La connessione fra tempo e spazio nel diritto appare un fatto ineludibile, come lo è « la parte con il tutto » cui fa riferimento Italo Calvino nelle *Lezioni americane*.[1] Sempre più il distacco da una visione etnocentrica del diritto e l'emergere di uno spazio giuridico globale mettono in luce come il rapporto del comparatista con la storia rappresenti una sfida per l'analisi di temi e problemi complessi, in una prospettiva sempre più aperta alla comparazione verticale e al pluralismo metodologico, tratti peculiari della postmodernità. Come ha scritto Gary Minda, l'inclinazione postmoderna

> celebra la scoperta della contraddizione, della contingenza, della indeterminatezza; usa le tecniche della metafora, della narrazione e del raccontare storie per mostrare aspetti nuovi e sorprendenti… Storie diverse vengono raccontate nel diritto, ci sono diversi teatri e nuove ricche trame e scene che rinviano a nuovi punti di vista capaci di spiegare caratteristiche e soggetti del diritto prima ignorati.[2]

Si può dire che la teoria della complessità, così come può essere applicabile, ad esempio, alla biologia, all'economia e a ogni altra area delle scienze sociali, può essere utilizzata anche per l'analisi dei sistemi giuridici e delle loro componenti, soprattutto sul piano della normatività e della « forza di legge », per utilizzare una celebre espressione di Jacques Derrida.[3] Lo studio di istituti o fenomeni complessi rappresenta, dunque, una sfida per il comparatista, che non può essere vinta – ma forse neanche seriamente avviata – senza l'ausilio della storia.

Da tale angolo visuale, la comparazione giuridica assume sempre di più un ruolo strumentale alla conoscenza e alla soluzione dei tanti problemi

1 Calvino (1989) 1.
2 Minda (2001) 407.
3 Derrida (2003).

complessi, generati, in primo luogo, dalle trasformazioni del diritto della post-modernizzazione e dalla conseguente circolazione da un ordinamento a un altro, sia in senso orizzontale che verticale, di modelli istituzionali, concetti, soluzioni, regole e dottrine. Gli sviluppi derivati da fenomeni a carattere globale possono aumentare in maniera esponenziale « la complessità e la portata di interazioni sistemiche e l'importanza di comprendere il loro funzionamento, … come l'impatto degli sviluppi che ne derivano » tanto a livello globale come locale.[4] Richiamando sempre Calvino, e, in particolare, *Palomar*, possiamo notare che « non si può osservare un'onda senza tenere conto degli aspetti complessi che concorrono a formarla e di quelli altrettanto complessi a cui essa dà luogo ».[5]

La prospettiva diacronica fa venire in mente l'esempio delle fibre riportato da Wittgenstein nelle *Ricerche filosofiche*, in cui egli afferma che un concetto cresce, come accade quando « nel tessere un filo, intrecciamo fibra con fibra. E la robustezza del filo non è data dal fatto che una fibra corre per tutta la sua lunghezza, ma dal sovrapporsi di molte fibre, una all'altra ».[6] Riflettendo ancora sulla comparazione giuridica, e supponendo che essa possa corrispondere alla corda di questo esempio, possiamo rinvenire fibre che si sono intrecciate non soltanto nella storia del pensiero giuridico occidentale, ma anche in altre parti del globo, e che, attraverso questo processo, hanno dato vita a quella scienza che oggi chiamiamo "diritto comparato".

Il globo terrestre diventa lo strumento indispensabile per la visione del mondo. La sua immagine rappresenta l'idea che ogni luogo di un globo completamente percorribile può essere direttamente coinvolto anche a enorme distanza, a causa delle transazioni fra avversari. [Di conseguenza] tutto ciò che noi consideravamo l'ordine eterno delle cose altrove può essere anche del tutto diverso.[7]

Su questo punto, il filosofo tedesco Sloterdijk ha messo in evidenza come, dopo il viaggio di Magellano – iniziato nel 1519 e terminato nel 1522 – « la terra si sia fatta globo » e dunque, la globalizzazione abbia fatto saltare, nell'epoca della velocità dei trasporti e della circolazione di informazioni,

4 Gerber (2011) 112.
5 Calvino (1983).
6 Wittgenstein (1999) n. 67.
7 Sloterdijk (2005) 27.

« strato per strato gli involucri immaginari della vita autoctona ».[8] Gli apparati lessicali e concettuali generati dalle dinamiche storiche degli Stati-nazione caratteristiche della *Western legal tradition*, come anche i simboli che ne costituiscono un corollario, o ancora i metodi di indagine, devono essere ripensati alla luce delle dinamiche di contaminazione che impongono al ricercatore di volgere lo sguardo fuori dai confini della vita autoctona del diritto.

Il saggio è diviso in tre parti. La prima è relativa al significato dell'aggettivo "globale" riferito alla storia e al diritto, di cui proverò a stipulare delle definizioni; la seconda, alle intersezioni metodologiche fra storia e diritto globale, e la terza alle prospettive di una storia globale del diritto comparato.

2. Definizioni minime

La prima delle definizioni che vorrei indicare è relativa al concetto di "storia globale". Che cos'è la storia globale? Secondo Sebastian Conrad, la storia globale si identifica in « una forma di analisi storica nella quale fenomeni, eventi e processi vengono inquadrati in contesti globali », in cui la parte più interessante dell'analisi sta proprio nei punti di intersezione dei processi globali con quelli locali.[9] Da tale prospettiva, si possono individuare tre forme di relazioni globali con la storia: a) una storia con orizzonte globale; b) una storia delle connessioni globali; c) una storia sullo sfondo delle integrazioni globali.[10] In particolare, la storia globale si focalizza su nuovi attori e sulla dialettica fra globale e locale. "Interazioni", "integrazioni", "intersezioni" ne rappresentano l'aspetto più interessante sul piano storico e comparativo.

Le domande più avvincenti spesso nascono nel punto di intersezione dei processi globali con le loro manifestazioni locali. Per fare un esempio, si potrebbe ricordare la giurisprudenza della *Casa de la Contratación* di Siviglia (creata nel 1503), che esercitò la sua giurisdizione civile e penale su tutte le cause relative al commercio e alla navigazione, favorendo la circolazione di procedure e modelli giuridici al di là dei confini europei. Chiedersi come incidevano (e incidono) le interazioni fra locale e transnazionale, e con quali

8 Sloterdijk (2005) 27.
9 Conrad (2015) 18.
10 Conrad (2015) 19.

limiti, rappresenta una sfida che lo storico e il comparatista possono affrontare insieme in una prospettiva globale, anche soltanto per scrivere da tale angolo visuale una storia della comparazione.

Talvolta la ricerca storica si riferisce a contesti globali come quadri di riferimento. Se, ad esempio, osserviamo il quadro di Vermeer, *Il geografo* (1668–1669), ci appare lo studio dell'artista traboccante di oggetti « che rinviano ad un mondo più ampio ». Il dramma che Vermeer allestisce sul suo palcoscenico riguarda il desiderio di capire il mondo. Sull'armadio alle spalle del geografo vi è un globo terrestre costruito da Jodocus Hondius,[11] vicino all'uomo vi sono carte nautiche e una carta dell'Europa stampata da Willem Blaeu[12] è appesa alla parete posteriore. In un altro quadro, *L'astronomo* (1668), ricompare il globo terrestre di Hondius e i « segni che nel quadro rimandano alla vastità del mondo esterno sono presenti ovunque ».[13] Se queste immagini rappresentano, anche sul piano simbolico, un'idea di ciò che avremmo definito "globale", l'incertezza sul piano definitorio è presente, tuttavia, nei tanti autori che hanno studiato, in prospettiva globale, la storia. Ma, in ogni caso, meccanismi e processi di integrazione e interazione rappresentano una condizione necessaria per definire una storia globale in senso stretto.[14] Come osserva Jürgen Osterhammel, la storia globale è la « storia dell'interazione all'interno dei sistemi universali ». Essa avviene fra spazi vasti e cristallizzazioni di questa(e) interazione(i) in estesi networks. La storia del mondo non avrebbe senso se non la si guardasse con approccio comparativo.[15]

Anche per quanto riguarda il diritto globale, non vi è una definizione condivisa o termini funzionalmente equivalenti. E stato considerato come « il diritto che disciplina azioni o eventi che trascendono le frontiere nazionali »[16] oppure come « un sottoinsieme particolarmente qualificato del diritto transnazionale », che ricomprende ogni « practical endorsement of, or commitment to, the universal or otherwise global-in-general warrant of

11 Jodocus Hondius (1563–1612), incisore e cartografo fiammingo divenne famoso per le mappe del Nuovo mondo e dell'Europa.

12 Willem Blaeu (1571–1638), cartografo olandese.

13 Brook (2015) 93.

14 Conrad (2015) 19.

15 Osterhammel (2005) 452.

16 Jessup (1956) 136.

some laws or some dimensions of law ».[17] Nel definire il significato di questo concetto – che evoca la tendenza di soggetti diversi a operare in una dimensione mondiale, superando i confini dei singoli Stati – è opportuno considerare, in primo luogo, che, nel campo del diritto, lo stesso può assumere significati diversi a seconda dello specifico campo in cui viene utilizzato.[18] La tendenza all'uso indiscriminato del termine introduce, tuttavia, margini di incertezza e possibile confusione concettuale, con il proliferare di volumi, saggi scientifici, discipline accademiche, programmi di ricerca che sono accomunati dall'intersezione "diritto globale".[19] In proposito, occorre sfatare il mito che questo fenomeno possa considerarsi il prodotto del ruolo egemonico della cultura occidentale, un prodotto della *westernisation* o della *americanisation*, o ancora dello sviluppo geometrico di *Internet* e della tecnologia delle comunicazioni.

Alla definizione non condivisa si aggiungono alcuni problemi che la letteratura scientifica non riesce a risolvere, come, ad esempio, chi determina il contenuto del diritto globale? Quali sono le corti che sanzionano le violazioni del diritto globale? Su quali fondamenti il diritto globale potrebbe costituire un insieme di regole vincolanti di carattere internazionale? Che cosa potrebbe rendere il diritto globale un sistema giuridico autonomo? A tal fine, può essere utile ricostruire la storia del diritto in prospettiva globale?

Per gli studiosi del diritto potrebbe, dunque, non essere facile adeguarsi, anche sul piano definitorio, a una idea di globalizzazione, che tenga conto, da una parte, di piani diversi di analisi – come potrebbero esserlo quello locale, regionale, nazionale o internazionale – e, dall'altra, della necessità di considerare che le interrelazioni fra attori globali si caratterizzano per la loro « estensione…, intensità, velocita e impatto ». Secondo Ralph Michaels, questi fattori relazionali incidono sullo sviluppo del diritto contemporaneo e, in particolar modo, su quel fenomeno che è stato definito « il diritto oltre lo Stato ».[20] La globalizzazione pone, inevitabilmente, sfide interdisciplinari, e, da questo punto di vista, molte analisi giuridiche sono sorprendentemente carenti, o di taglio puramente dottrinale, emergendo, piuttosto in tale idea di relazione o cooperazione, « una semplice idea di internazionalizzazione

17 Walker (2015) 55.
18 Twining (2011) 29.
19 Walker (2015) 6.
20 Michaels (2013) 289.

che influenza in qualche modo la legge ». L'antico dualismo vestfaliano fra i termini di "nazionale" e "internazionale" sembra ormai superato e i processi di globalizzazione costituiscono « qualcosa in più di una semplice espansione dell'influenza occidentale che si imbatte in forme locali e particolari di resistenza ».[21]

3. Intersezioni metodologiche

Richiamando la teorie degli insiemi, farò riferimento al concetto di intersezione, con cui si indica generalmente il fenomeno dell'« intersecarsi di due linee, di due piani, di una linea con un piano, etc.; anche, in senso più concreto, l'insieme dei loro punti comuni ». Questo concetto assume un ruolo fondamentale sia sul piano della storia che del diritto nella prospettiva di studio dei fenomeni a carattere globale. L'insieme intersezione rappresenta lo spazio ove possono verificarsi eventi e fenomeni, come anche incontrarsi soggetti e forme diverse di normatività o combinazioni di metodi. Si potrebbe parlare anche di un "terzo spazio" secondo la definizione di Homi Ki Bhabha, come « il bisogno di pensare al di là delle tradizionali narrazioni relative a soggettività originarie e aurorali, focalizzandosi invece su quei momenti o processi che si producono negli interstizi, nell'articolarsi delle differenze culturali ». L'ibridazione che si produce in questo spazio assume una propria rilevanza ontologica e nuovi segni di identità si manifestano negli interstizi, « nell'articolarsi delle differenze culturali ».[22]

Il comparatista si misura, oggi, con la complessità dei fenomeni globali e con l'esigenza di avviare un dialogo con altre culture e con altre scienze, per apprendere contesti in cui interpretare regole ed enunciati normativi. Appare, dunque, legittimo chiedersi se in molti, fra i *legal scholars*, riusciranno a convivere con una idea di globalizzazione che, inesorabilmente, trasforma il modo di guardare i fenomeni giuridici e lo stesso linguaggio del diritto, ed impone approcci multidisciplinari in cui anche le conoscenze si intersecano. Analogamente, sul piano storico, assume particolare rilievo l'individuazione di strumenti più adeguati per definire concetti, metodi e classificazioni dei fenomeni globali, oltrepassando i confini regionali o locali per occuparsi di realtà molto lontane. Gli studi di storia comparata, di *world history*, di *global*

21 Glenn ([2010] 2011) 104.
22 Bhabha (2001) 12, richiamato da Fiocchi Malaspina (2015) 1.

history, di *histoire croisée* e di *Verflechtungsgeschichte* condividono l'interesse comune ad attraversare le frontiere fra le nazioni, le regioni, i continenti. I diversi concetti sopra richiamati possono, tuttavia, assumere significati diversi, soprattutto ove si tenda a proiettarli in una dimensione globale.

In particolare, la *histoire croisée*, che appartiene alla famiglia degli approcci relazionali, ha per oggetto l'esame dei collegamenti che si manifestano nella sfera sociale. La nozione di intersezione è correlata al principio di *histoire croisée* e, come osservano Michael Werner e Bénédicte Zimmermann, questo collegamento produce alcune importanti conseguenze.[23] In primo luogo, questo principio è in contrasto con l'idea di una prospettiva di studio unidimensionale – che semplifica e omogeneizza – dovendosi preferire un approccio multidimensionale, che riconosce, invece, la pluralità e le configurazioni complesse che ne derivano. Di conseguenza, le entità e gli oggetti di ricerca non sono considerati semplicemente in relazione l'uno all'altro, ma anche l'uno attraverso l'altro, in termini di relazioni, interazioni e circolazione dei modelli. Il principio attivo e dinamico dell'intersezione è fondamentale in proposito e in contrasto con un approccio comparativo di carattere statico. L'oggetto di studio non sarà, di conseguenza, limitato all'analisi di un punto o di un'area di intersezione – oppure al momento in cui questo contatto è avvenuto – ma piuttosto alla conseguenze e ai processi che ne derivano. Riprendendo l'esempio delle fibre sopra richiamato, si può ulteriormente considerare come assuma rilevanza nell'analisi il meccanismo della contaminazione, cui i diversi fattori possano reagire positivamente o negativamente fra di loro, producendo reazioni, come inerzie e trasformazioni dei fattori medesimi. Per fare un esempio, si potrebbero ricordare le diverse reazioni degli Stati nazionali a un fenomeno di carattere globale con cui vengono a contatto. Lo straordinario e drammatico fenomeno migratorio di questi anni ne rappresenta un esempio sotto gli occhi di tutti.

Analogamente, nel campo della metodologia del diritto comparato, la presenza e l'uso di metodi diversi all'interno di contesti nazionali e internazionali favorisce non soltanto l'affermarsi di un pluralismo metodologico, ma anche la ricerca di elementi da iscrivere in un *common ground*, una *common zone of impact* – appunto, un insieme intersezione – dove può essere utilmente impiegata l'analisi comparatistica e unità elementari del diritto, ma non solo, possono incontrarsi.

23 Werner, Zimmermann (2003) 9.

Il concetto di intersezione preclude, anche nella prospettiva giuridica, un'analisi che abbia per oggetto singole entità considerate solamente da una prospettiva interna. Le reciproche intersezioni possono riguardare sia fattori comuni a singoli ordinamenti, quanto intersezioni fra famiglie. Non è raro che, ad esempio sul piano metodologico funzionale, possano rinvenirsi fattori, istituti, soluzioni comuni anche se appartenenti a ordinamenti o a famiglie diverse. L'intersezione di differenti insiemi rappresenta, dunque, "una comune zona di impatto" in uno spazio giuridico a carattere globale. Ciò, evidentemente, non esclude che uno o più sistemi giuridici possano non contenere (o contenere solo marginalmente) elementi comuni e, di conseguenza, gli insiemi presentano caratteristiche diverse, in opposizione alle classificazioni fin qui note. Se si potessero immaginare insiemi multipli e li si trasferisse in una immagine in bianco e nero, il negativo potrebbe rivelare una diversa mappa in cui il diritto oltre gli Stati potrebbe essere visibile.

Per altro verso, sia sul piano storico che su quello giuridico, lo studio dei processi in trasformazione, e del loro carattere dinamico, e delle loro interconnessioni, non può prescindere da un'interazione fra analisi sincronica e diacronica e dagli approcci interpretativi, che sono strettamente legati alle capacità di percezione di un ricercatore o di un *legal scholar*. Forme di *intercrossing* sono possibili in relazione sia all'oggetto della ricerca, sia alle prospettive da cui si analizza quest'oggetto, proprio nel senso del rapporto fra l'osservatore e l'oggetto stesso, con ciò implicando la presenza di « issues of reflexivity ».[24] Non può essere messo in dubbio che tale attività abbia natura cognitiva e si svolga incrociando la dimensione spaziale e quella temporale, e rappresenti il punto d'arrivo di scelte teoriche e di metodo.

All'interno di questa prospettiva, la ricerca dei formanti rappresenta il primo passo di un'indagine comparatistica e pone l'interprete davanti a interrogativi di carattere preliminare, come, ad esempio, la individuazione di questi fattori, del peso da attribuirsi a ciascuno di essi, e, soprattutto, delle relazioni che vi intercorrono, delle proprietà che essi hanno (o non hanno) in comune, o, ancora, se uno o più di essi, singolarmente considerati, possa(no) avere carattere di prevalenza oppure siano pacificamente equivalenti o intercambiabili, o ancora se possano essere dissociati. La dissociazione dei

24 Werner, Zimmermann (2003) 11.

formanti non è operazione facile e dipende spesso da variabili e circostanze che la dimensione storica configura come « elementi di intersezione ».[25] Ad esempio, lo studio della circolazione dei modelli giuridici, delle reciproche relazioni e delle intersezioni potrebbe essere d'ausilio per la definizione di elementi comuni ad esperienze sincronicamente e/o diacronicamente differenti. Molti sono gli esempi che potrebbero essere addotti, come nel caso della ibridazione fra il modello coloniale inglese e il diritto degli Indù, oppure dell'accoglimento di modelli giuridici in diversi contesti spazio-temporali, come potrebbe essere la recezione del codice civile napoleonico in America Latina.

In tale prospettiva, l'angolo visuale cui possiamo riferirci è senz'altro quello dell'abbandono della prospettiva etnocentrica. Va qui ricordato che il termine etnocentrismo indica la tendenza a valutare con pregiudizio la cultura, le tradizioni e la storia di gruppi diversi dal proprio, con riferimento ai valori, alle norme e ai costumi ai quali si è stati educati, con una sovrastima della propria cultura rispetto alle altre. Come osserva Günter Frankenberg, il diritto non è immutabile, ma rappresenta un flusso costante in trasformazione, alimentato da modi diversi di osservare la realtà.[26] In tale prospettiva, anche sul piano interno, le scelte metodologiche possono subire dei mutamenti per adattarsi all'analisi di istituti che si incrociano e si trasformano, anche nella prospettiva dell'interpretazione e dell'uso dei precedenti di diritto straniero da parte delle corti costituzionali e supreme.

La globalizzazione pone, inevitabilmente, sfide interdisciplinari, e, da questo punto di vista, molte analisi giuridiche sono sorprendentemente carenti, o di taglio puramente dottrinale, emergendo, piuttosto che tale idea di relazione o cooperazione, sia una semplice idea di internazionalizzazione che influenza in qualche modo la legge. L'antico dualismo vestfaliano fra i termini di "nazionale" e "internazionale" sembra ormai superato e i processi di globalizzazione costituiscono, come si è già detto, qualcosa in più di una semplice espansione dell'influenza occidentale che si imbatte in forme locali e particolari di resistenza. L'analisi comparativa non superficiale ha bisogno dell'interdisciplinarietà per dare risposte a problemi di carattere complesso. Per questa ragione, è senz'altro auspicabile il dialogo con specialisti di settori scientifici diversi dal diritto, seguendo approcci interdisciplinari e un con-

25 Werner, Zimmermann (2003) 12.
26 Frankenberg (1985) 445.

fronto sui metodi, proprio nella prospettiva di un pluralismo metodologico. L'apertura alla interdisciplinarietà, come osserva Thomas Duve, rappresenta una risorsa aggiuntiva nell'ambito di una ricerca comparativa, soprattutto su temi complessi, e consente di guardare al diritto non come qualcosa di diverso rispetto ad altri campi di produzione di cultura, ma come uno strumento di produzione di normatività. Diversamente, la riduzione di questa analisi alle sole analogie e differenze distrarrebbe l'interprete dalla ricerca dei metodi più appropriati per ricostruire o creare una conoscenza globale nel campo della normatività.[27]

4. Verso una storia globale del diritto comparato?

La vicinanza fra diritto comparato e storia del diritto è così stretta da far osservare come la storia comparata o globale del diritto non sia facilmente distinguibile dal diritto comparato.[28] Non è casuale che Gino Gorla sottolineasse come il comparatista dovesse in qualche misura essere uno storico, sulla scia del pensiero di Maitland, secondo cui « history involves comparison », e certamente la comparazione – e, in particolar modo, quella costituzionale – implica la conoscenza della storia, anche se, in molti scritti a carattere comparativo, il suo utilizzo si e tradotto in un orpello privo di funzionalità. Il comparatista guarda istintivamente con gli occhi di uno storico al di la di ogni forma di concettualizzazione o classificazione, con libertà e senza pregiudizi, sia che si tratti dello studio del diritto interno, che di quello straniero. Al comparatista, come allo storico del diritto, non sfugge che oggi le interazioni fra modelli, la loro imitazione e ibridazione, si proiettano al di fuori di una realtà etnocentrica, come delle categorie geografiche utilizzate sino ad oggi (transnazionali, nazionali, regionali e locali), nelle zone più remote del globo.

Una prima difficoltà nella definizione di una storia globale del diritto comparato è rappresentata, analogamente a quanto accade per il diritto internazionale,[29] dal periodo di tempo che si intende ricomprendere e sull'opportunità di una periodizzazione. La storia della comparazione nel diritto, pensiamo ad esempio alle costituzioni, ha inizio in periodo antico con

27 Duve (2013) 18.
28 Husa (2015) 27.
29 Fassbender, Peters (2012).

l'opera di Licurgo a Sparta (776 a.C.), Dracone (624 a.C.) e Solone (594 a.C.) ad Atene,[30] ma, nella prospettiva che qui interessa, è possibile ritenere che l'evento portante per la costruzione di una storia globale del diritto comparato sia il Congresso di Parigi del 1900 svoltosi nel quadro delle iniziative dell'Esposizione Universale. Questo evento rappresentò il momento fondativo della scienza giuridica comparatistica. Fra i simboli di questo grande avvenimento vi era il globo progettato dal geografo Elisée Reclus, che esprimeva l'idea di un viaggio globale, sia sul piano sincronico che diacronico, e dell'intimo legame dell'uomo con la terra.

Ma che cosa accadeva in altre parti del globo? Per rispondere a questa domanda, occorre definire un secondo presupposto necessario che è quello della geografia, e individuare i continenti o le aree che hanno contribuito alla sviluppo di questa disciplina, come l'Africa, l'Asia, le Americhe e l'Europa. Da tale prospettiva, appare importante ricercare le origini della comparazione nella storia di altri territori e continenti per giungere alla definitiva presa di coscienza dell'esistere di una nuova disciplina, appunto il diritto comparato, secondo un approccio postcoloniale. Un terzo presupposto è rappresentato proprio dall'intersecarsi di fattori o avvenimenti che hanno riguardato aree geografiche diverse. È, senza dubbio, l'approccio più significativo sul piano analitico delle forme di *intercrossing*. Si tratta, con tutta evidenza, di un percorso difficile, ma che può essere affrontato con lo spirito secentesco di « navigare su ignote rotte fra i mari dell'est e dell'ovest, ridurre le distanze un tempo incolmabili con viaggi, contatti e nuove conoscenze; sacrificare il luogo di nascita in favore del mondo dei desideri ».[31]

Bibliografia

Armitage, David, Jo Guldi (a cura di) (2014), The History Manifesto, Oxford, trad. it. (2016), Manifesto per la storia. Il ruolo del passato nel mondo d'oggi, Roma

Bhabha, Homi K. (1994), The Location of Culture, London–New York, trad. it. (2001), I luoghi della cultura, Roma

30 Hug (1932) e Scarciglia (2015).

31 Brook (2015) 93.

Brook, Timothy (2008), Vermeer's Hat. The Seventeenth Century and the Dawn of the Global World, London, trad. it. (2015), Il cappello di Vermeer. Il Seicento e la nascita del mondo globalizzato, Torino

Calvino, Italo (1983), Palomar, Torino

Calvino, Italo (2000), Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio, Milano

Conrad, Sebastian (2013), Globalgeschichte. Eine Einführung, München, trad. it. (2015), Storia globale. Un'introduzione, Roma

Derrida, Jacques (2003), Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité », Paris

Duve, Thomas (2013), European Legal History – Global Perspectives, Max Planck Institute for European Legal History, Research paper series No. 2013–06, Frankfurt am Main

Duve, Thomas (a cura di) (2014), Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Fassbender, Bardo, Anne Peters (a cura di) (2012), The Oxford Handbook of The History of International Law, Oxford

Ferrari, Giuseppe Franco (2012), Le origini storiche della comparazione pubblicistica, in: Diritto pubblico comparato ed europeo, 14, 4–21

Fiocchi Malaspina, Elisabetta (2015), Le sfide globali per la storia del diritto: prospettive e orizzonti nuovi, in: Historia et Ius, 7, 1–9

Frankenberg, Günter (1985), Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law, in: Harvard International Law Journal, 26, 411–455

Gerber, David J. (2011), Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science, in: Roger Williams University Law Review, 16, 110–128

Glenn, Patrick H. ([2010] 2011), Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, 4. ed., Oxford

Haupt, Heinz-Gerhard, Jürgen Kocka (a cura di) (1932), Comparative and Transnational History: Central European Approaches and New Perspectives, New York – Oxford

Hug, Walther (1932), The History of Comparative Law, in: Harvard Law Review, 45, 1027–70, https://doi.org/10.2307/1332143

Husa, Jaakko (2015), A New Introduction to Comparative Law, Oxford–Portland (OR)

Michaels, Ralf (2013), Globalization and Law: Law Beyond the State, in: Banakar, Reza, Max Travers (a cura di) (2013), An Introduction to Law and Social Theory, 2. ed., Oxford, 289–303

Jessup, Philip (1956), Transnational Law, New Haven

Minda, Gary (1995), Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End, New York–London, trad. it. (2001), Teorie postmoderne del diritto, Bologna

Osterhammel, Jürgen (2005), "Weltgeschichte". Ein Propädeutikum, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht, 56, 452–479

Scarciglia, Roberto (2011), El derecho comparado en su historia, in: Scarciglia, Roberto, Introducción al derecho constitucional comparado, Madrid, 25–58

Scarciglia, Roberto (2015), A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times, in: Beijing Law Review, 6, 296–310, https://doi.org/10.4236/blr.2015.64026

Sloterdijk, Peter (2001), Die letzte Kugel. Zu einer philosophischen Geschichte der terrestrischen Globalisierung, in: Sphären. Makrosphärologie, vol. 2, Globen, Frankfurt am Main, trad. it. (2005), L'ultima sfera. Breve storia filosofica della globalizzazione, Roma

Twining, William (2000), Globalisation and Legal Theory, Cambridge

Walker, Neil (2015), Intimations of Global Law, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9781316134221

Werner Michael, Bénédicte Zimmermann (2012), Beyond Comparison: Histoire Croisée and the Challenge of Reflexivity, in: History and Theory, 45, 30–50

Wittgenstein, Ludwig (1953), Philosophische Untersuchungen, Oxford, trad. it. (1999), Ricerche filosofiche, Torino

Mario Serio

L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens

1. Diritto e letteratura: un binomio attrattivo (ed attraente)

La natura storica del diritto inglese,[1] che ne implica una coerente continuità, seppur agevolata dal suo dinamismo, si è andata consolidando per effetto del congiunto operare di una molteplicità di fattori in senso lato culturali.

Si allude, in particolare, ad elementi, tratti sia dal mondo dei fenomeni giuridici sia da quello della cultura di ampio spettro umanistico, che per la loro intrinseca rilevanza o per il prestigio degli autori che hanno saputo valorizzarli hanno conferito al *common law* britannico nel corso del tempo la dimensione che oggi si conosce. Tra questi elementi ve ne sono alcuni di origine squisitamente letteraria la cui importanza va calcolata non solo per l'autorevolezza dei contributi ma soprattutto per la loro dimostrata capacità di attingere alla concreta esperienza giuridica del momento per ricavarne l'ispirazione ed il modello di riferimento.

La presente ricerca si soffermerà in special modo sull'esame di importanti movimenti letterari, legislativi e giurisprudenziali dell'Inghilterra del diciannovesimo secolo che portarono infine ad una fondamentale modifica, attraverso i *Judicature Acts* succedutisi nel triennio 1873–1875, dell'assetto dell'amministrazione della giustizia.

Il punto di osservazione prescelto è votato alla individuazione del grado di influenza esercitato dalla letteratura sulla piena conoscenza e sulle connesse necessità di riforme del diritto inglese nell'importante periodo di tempo considerato.

L'oggetto epistemologico che qui si persegue, tendente a stabilire i nessi funzionali e culturali al tempo stesso intercorrenti tra diritto e letteratura,

1 Criscuoli, Serio (2016) 44 ss.

trova radici profonde nel pensiero giuridico di *common law*, essendosi iniziata a diffondere in quell'area ordinamentale sin dai primi anni del novecento un'ansia di studi che si interrogavano tanto sui riflessi sul piano puro del diritto di rinomate opere letterarie quanto sui benefici che in termini di incremento della qualità e degli scopi della ricerca giuridica esse sarebbero state in grado di apportare: nel corso del lavoro entrambi gli indirizzi verranno volta per volta in rilievo.

Che quello appena ricordato non sia stato fenomeno culturale effimero o solo transeunte è del resto dimostrato dall'attenzione ancora oggi riservata al tema, ed al metodo collegato, dalla dottrina comparatistica anche italiana.[2]

Probabilmente, la via degli studi comparatistici è, tra quelle che l'alleanza tra diritto e letteratura può imboccare, una delle più promettenti per ciò che attiene all'elevamento del livello cognitivo del primo grazie ai contributi della seconda. Ed infatti, alla semplice conoscenza di vicende umane con ricadute giuridiche che la rappresentazione letteraria ben può assicurare si aggiunge con certezza la raffigurazione del quadro sociale, culturale, di costume di un dato paese che ne esemplifica e ne semplifica la collocazione nel panorama dei sistemi giuridici mondiali.[3]

Di analogo segno si rivela l'atteggiamento intellettuale di chi, indagando sull'intreccio giuridico- letterario (che sostanzialmente finisce con il divenire il modello prototipo del rapporto tra diritto e scienze umanistiche), assegna allo studio delle opere letterarie la funzione di condurre a nuove forme di conoscenza critica del diritto,[4] il cui presupposto teleologico non è solo quello di apprestare uno strumento volto ad una determinata distribuzione di beni ma anche l'altro di dar vita e sostegno ad una comunità fondata su basi politiche ed etiche.[5]

2 Rappresenta un'utile sintesi di orientamenti e di riferimenti bibliografici lo scritto di Pozzo (2010) 23 ss.

3 Sul punto così si esprime efficacemente Pozzo (2010) 32: « In altre parole, è il racconto che può permettere una migliore prospettiva critica di sistemi giuridici che non appartengono alla *Western Legal Tradition*, in cui è lo stesso ruolo del diritto e della legge che possono essere intesi in modo differente ».

4 White (1988–1989) 2046.

5 White (1988–1989) 2047.

L'architettura teorica degli studi di Boyd White (1938)[6] serve, d'altro canto, a delimitare, definendone precisamente i confini, il campo nozionale dei testi letterari qualificati, piuttosto che come mera successione di proposizioni, quale esperienza strutturata dell'immaginazione.[7] Del resto, la sensibilità della dottrina giuridica statunitense (nonché, come si vedrà nelle parti successive, di quella inglese) ha origini risalenti, come provano i due articoli, pubblicati l'uno ad integrazione dell'altro a distanza di un quindicennio, di John H. Wigmore (1863–1943)[8] in cui è effettuata una classificazione del genere letterario giuridico (denominato appunto « legal novels ») in ragione del possesso o meno di adeguata competenza giuridica da parte degli autori[9] e delle caratteristiche processuali della vicenda narrata.[10]

In conclusione, la scia scientifica in cui questo saggio si pone vanta fondazioni teoriche sufficientemente solide ed affidabili da rendere plausibile la stessa trattazione del tema.

6 Snodatasi attraverso una lunga serie di scritti, risalenti già ai primi anni Settanta, che toccavano l'argomento dell'espressione giuridica in rapporto all'oggetto ed al pensiero che vi si abbinano.

7 White (1988–1989) 2016. In questo lavoro l'Autore severamente critica l'opinione espressa nel libro del giudice Posner secondo cui la letteratura non avrebbe grande rilevanza agli occhi del diritto perché quest'ultimo esprimerebbe solo un potere di natura materiale, spesso imbevuto di violenza. Ed invero, secondo Boyd White, la letteratura non consta di sole espressioni verbali, poiché in essa si annidano palpabilmente orientamenti ideologici capaci di determinare azioni e condotte giuridicamente significative: White (1988–1989) 2045.

8 Wigmore (1907–1908) 574 ss. e Wigmore (1922–1923) 26 ss.

9 Wigmore (1907–1908) 581 ss.

10 A seconda che si tratti di processo civile o penale, della natura della fattispecie, etc.: Wigmore (1922–1923) 26 ss. Della relazione che può stabilirsi tra immaginazione letteraria e linguaggio (anche giuridico) nonché delle relative implicazioni filosofiche si occupa il giudice Eisele (1975) 363 ss. Di indiscussa rilevanza sul tema generale della relazione biunivoca tra diritto e letteratura é la monografia di John Marshall Gest (1859–1934): Gest (1913). Altri giuristi di *common law* hanno dedicato le proprie ricerche a tale relazione; lo statunitense Melville D. Post (1869–1930) nel suo scritto *The lawyer in literature* apparso in Green Bag 1899 (553 ss.); l'altro statunitense A. A. Gunby (1849–1917) con l'omonimo articolo apparso nel 1917 in *The American Lawyer* (101 ss.); il canadese Frank Evans, ancora una volta con il medesimo titolo, scrisse nel 1921 (566 ss.) in The Canadian Law Times. Un vero antesignano del genere giuridico-letterario fu il grande costituzionalista inglese Walter Bagehot (1826–1877): Bagehot (1879), che contiene un lungo saggio sulla produzione dickensiana vertente su temi legati all'amministrazione della giustizia (184–220).

2. La crisi del sistema dell'amministrazione della giustizia inglese del diciannovesimo secolo stretta nella tenaglia dell'inefficienza e della sua impietosa rappresentazione letteraria: l'esperienza della Court of Chancery nella raffigurazione dickensiana

Vi è un'inoppugnabile prova logica a suffragio della fruttuosità dei flussi di comunicazione tra mondo letterario ed emisfero del diritto: talune espressioni tratte da opere letterarie servono a scolpire indelebilmente ed esaurientemente particolari congerie storiche, sociali, culturali, tutte, per la parte di rispettiva spettanza, confluenti nell'ambito giuridico di quel periodo. Si tratta di espressioni che, in aggiunta alla vivida proprietà descrittiva dell'epoca, esibiscono il valore di un'interpretazione in forma critica ed ideologicamente connotata della condizione generale di una comunità, lasciandone traspirare umori, rumori di fondo, tensioni, aspirazioni. È opinione incontrastata che nell'opera dickensiana (1812–1870) in genere e nel capolavoro del 1853 Bleak House risiedano numerosi ed evocativi i fotogrammi di un apparato e di un contesto sociale in cui l'amministrazione della giustizia, ed i suoi riverberi sui destini individuali, occupa un posto di assoluto rilievo. E non è dubbio che il rilievo sia negativo ed opprimente, come dimostra la locuzione utilizzata nel romanzo prima citato, universalmente nota ed in molteplici occasioni adibita a criterio di delineazione dei primi tratti dell'Inghilterra industriale: nell'introdurre l'atmosfera greve, destituita di speranze, buia e priva di prevedibili vie d'uscita che incombe, proprio come una cappa di fuliggine, sulla Court of Chancery chiamata a giudicare, ormai da decine di anni vanamente trascinatisi lungo i tragitti vitali di intere generazioni di persone interessate al relativo esito, nel leggendario caso di successione ereditaria Jarndyce and Jarndyce, Dickens scrive di una « moral fog » che aleggia nell'aula deprimendo gli spiriti di chi, giudice, difensori, parti, testimoni, spettatori, la abita. E non solo al tempo atmosferico, cupo, lattiginoso, ovattato, l'Autore si riferisce, ma al sostanziale ottundimento del senso profondo ed umano della Giustizia che, con l'aria malsana descritta, il lettore è costretto a respirare a causa del racconto. E se all'autore letterario non altro compete che il racconto immaginario, benché all'evidenza traente ispirazione dalla cruda realtà, di una storia mediante il sapiente impiego dell'espressione verbale come medio culturale tra la realtà stessa ed il giudizio di valore che la avvolge (e, talvolta, l'implicito auspicio del rovesciamento in meglio delle condizioni materiali e morali della società che vi è immersa)

al giurista spetta di ritrovare, per intervenirvi riparatoriamente, nella circostante situazione afferente al mondo giuridico i semi giustificativi della narrazione letteraria. A questo compito ha mirabilmente cooperato coevamente alle prime manifestazioni dottrinarie nordamericane la dottrina inglese del ventesimo secolo che ha concordemente identificato in Dickens l'autore di riferimento in più opere per accedere alla visione, quasi sempre sconsolata e lugubre, dell'amministrazione della giustizia nel secolo precedente.

Un discreto numero di apprezzati giuristi ha concentrato le proprie ricerche sulla vasta produzione dello scrittore nato nei pressi di Portsmouth alla ricerca del collegamento tra essa e la contestuale situazione del *common law*: i risultati sono stati illuminanti anche perché hanno saputo sottolineare quali prospettive di riforma (in effetti in buona parte attuate) sarebbe stato necessario perseguire per eliminare o attenuare disfunzioni, iniquità, paradossi con chiarezza affioranti dai vari romanzi.

In *Bleak House*, ad esempio, traspare con dovizia di dolorosi o grotteschi dettagli la siderale, incolmabile distanza tra il modello originario di amministrazione della giustizia davanti alle corti di *equity*, come giudici di coscienza e non meri assertori delle forme giuridiche, e quello progressivamente deterioratosi nel tempo fino ad invalere secondo le tristi caratteristiche oggetto di racconto.

A proposito della « nebbia morale » insediatasi nel celeberrimo giudizio instaurato, nella notte dei tempi, davanti la Court of Chancery si sono con successo indicate le cause legittimanti la locuzione ed individuati i livelli di incidenza sulla degradazione del corrispondente sistema di amministrazione della giustizia.[11]

Il procedimento che si svolgeva davanti la corte di *equity* del tempo del romanzo,[12] sebbene purgato di alcuni suoi difetti in virtù dell'approvazione nel 1852 dei *Chancery Procedure Acts* (che avevano apportato modifiche al rito proprio dei giudizi di competenza della *Court of Chancery*, affrancandoli da particolari formalità causa di congestione), si prestava a considerazioni gravemente negative per il peso esercitato da retaggi procedurali del passato, per la complessità delle attività preliminari all'instaurazione della fase giudiziale, per gli intollerabili ritardi nei tempi di definizione dei processi. A questi

11 William Searle Holdsworth (1871–1944) con impareggiabile acume attese al compito in una sua opera memorabile: Holdsworth (1928).

12 L'ambientazione di Bleak House risale, tuttavia, alla Londra del 1827.

difetti strutturali, direttamente riconducibili all'antiquata struttura procedimentale, si affiancavano, ulteriormente menomando l'efficienza del processo e contraddicendo la sua natura equitativa, vizi riferibili all'inadeguatezza del personale impiegato, sia negli uffici di cancelleria sia negli scranni giudiziali.[13] Farraginoso e fonte di insostenibili dilazioni era poi il modo di assunzione delle prove testimoniali, che non avveniva in forma pubblica dibattimentale ma in un momento anteriore, nella segretezza ed in assenza di contraddittorio, così ritardando l'inizio stesso del processo davanti la Corte. Ed ancora, la competenza di questa era limitata alla risoluzione delle questioni di diritto che si agitavano in giudizio: quelle di fatto erano invero devolute alla cognizione delle Corti di *common law*. E poiché la relativa decisione acquisiva carattere pregiudiziale nella controversia in corso davanti la Chancery Court, il giudizio principale rimaneva sospeso in attesa della pronuncia.

Il complesso delle circostanze esposte all'evidenza spiega le ragioni che spinsero Dickens a proiettare una luce sinistra sull'annoso caso narrato, a soffondere di un immanente alone di sarcasmo e scetticismo l'opera dei difensori e dello stesso giudice, a scrivere lapidarie ed inappellabili frasi sintomatiche di sfiducia nell'intero sistema giudiziale. Il pomeriggio novembrino umido e freddo, in cui la nebbia è più fitta, e le strade ancor più fangose del solito, è il teatro in cui ha luogo una sorta di caricatura di un processo civile presso la Lincoln's Inn Hall davanti ad un giudice rannicchiato, sonnecchioso e palesemente insofferente alle interminabili, ripetitive (da generazioni) discussioni degli avvocati. Questo scenario sconfortante, materialmente e moralmente, questa nebbia sovrastante sui destini di intere famiglie, questa sfuggente e deludente giustizia, distorta dall'abulia e dall'esosità dei suoi operatori, porta l'Autore a formulare sin dall'inizio del romanzo la perentoria e monitoria affermazione, che egli reputa condivisa da ogni persona ragionevole che si trovi a bazzicare un'aula di giustizia, che così suona: « Suffer any wrong that can be done you rather than come here ». Dissuasione dal seguire la via giudiziale e senso di rassegnazione alle iniquità patite, che sono causa di minori sofferenze di quelle date dall'amministra-

13 Sferzanti sono le considerazioni svolte al riguardo da Holdsworth (1928) 86 che raccoglie le provocazioni dickensiane ed addebita all'avidità di molti funzionari delle Corti nell'incamerare diritti e proventi originanti dalla lite la crisi sostanzialmente irreversibile che attanagliava il sistema di *equity*.

zione della giustizia: questo il messaggio che Dickens, di certo segnato dalle tristi vicende paterne e dalla relativa cattività per debiti, ha affidato alla posterità con riguardo al sistema giudiziario inglese della fine del primo trentennio del diciannovesimo secolo. Un sistema in cui uno dei personaggi dickensiani, Gridley (« l'uomo proveniente dallo Shropshire »), a propria volta parte di una analoga causa ereditaria, espone le proprie disavventure ad uno dei tanti appartenenti alle famiglie discendenti dal ceppo che dà il nome alla causa celebre, John Jarndyce, così riassumendole: « l'intero asse ereditario lasciatomi da mio padre è stato dilapidato in spese processuali » e questo perché « l'azione giudiziale deperisce e si scioglie nel nulla, assorbita dai costi ».

È stato puntualmente e con ricchezza di precisi dettagli ricostruito[14] il penoso travaglio che personalmente Dickens dovette affrontare nel corso di numerose cause intentate a tutela del suo diritto d'autore contro plagi altrui e la frustrazione avvertita nell'essere trattato come il responsabile, piuttosto che il soggetto passivo, dell'illecito, tanto da preferire tollerare le gravi ingiustizie patite in luogo di ricorrere alla giustizia.[15]

Mi sembra, tuttavia, che vada rimosso il dubbio che spiacevoli esperienze personali e familiari abbiano a tal punto condizionato l'opinione di Dickens sull'allora sistema binario di amministrazione della giustizia inglese da privarla di quell'attendibilità che, al contrario, la più autorevole dottrina giuridica inglese e statunitense, come visto, è sempre stata pronta a riconoscere.

Né le considerazioni possono mutare quando il discorso tocca il sistema di amministrazione della giustizia, nel medesimo periodo di tempo in cui la storia di *Bleak House* si dipanò, da parte delle Corti di *common law*.

3. Le Corti di common law nel primo trentennio del diciannovesimo secolo ed il sarcasmo nel caso (immaginario, ma non troppo) Bardell v. Pickwick

La posizione censoria di Dickens nei confronti della giustizia inglese della prima parte del 1800 fu assolutamente imparziale ed egualmente dura nei confronti delle Corti di *equity* e di quelle di *common law*, quasi volesse testimoniare dell'anacronismo e della nociva protrazione del sistema binario

14 Dal giurista australiano Edward Tyrrell Jacques (1858–1930): v. Jacques (1914) in part. 9 ss.
15 Holdsworth (1928) 80.

allora vigente:[16] alla conoscenza degli angoli più reconditi della professione legale (in special modo dei suoi gradi meno elevati) non poté certo mancare di contribuire la circostanza che il grande scrittore frequentò giovanissimo, e per un breve periodo iniziato a 16 anni di età, lo studio professionale di Charles Molloy.[17]

È indiscutibile che alla esilarante, in molti punti prossima al cercato paradosso, illustrazione delle vicissitudini giudiziali (e carcerarie, come effetto diretto delle prime) del pomposo e al tempo stesso sprovveduto ed ingenuo, per quanto posseduto da un senso dell'onore e della coerenza comportamentale sfociati nel catastrofico masochismo, fondatore dell'omonimo circolo si debba, nei capitoli dei *Pickwick Papers*, pubblicati in forma completa nel 1837, dedicati al caso che lo opponeva in qualità di convenuto alla signora Bardell (la quale lamentava l'ingiusta rottura di una promessa di matrimonio dettata dal supposto imbarazzo situazionale dell'anziano gentiluomo) l'enumerazione in forma irresistibilmente umoristica, ma sostanzialmente precisa[18] delle incongruenze, delle lacune, dell'inaffidabilità del sistema procedurale applicato davanti alle Corti di *common law*, nella fattispecie quella amministrata nel *Serjeant's Inn* (adita per ragioni legate al

16 Della giustizia penale amministrata nella Old Bailey londinese si occupano anche *Great expectations* del 1861, in cui si fornisce un'immagine di scherno della persona e dei modi del Lord Chief Justice, e *A tale of two cities* di due anni precedente in cui quella corte viene definita come una sorta di teatro popolare dell'epoca Elisabettiana, in massima auge tra il 1576 ed il 1594, attraverso il quale transitavano smunti passeggeri nel loro violento viaggio verso l'altro mondo. Di altre Corti specializzate, *Ecclesiatical*, *Prize*, *Admiralty*, si occupa con parole trasudanti deplorazione di una classe forense arrogante e sprezzante David Copperfield, capolavoro del 1850: non più generosa è la descrizione della categoria, questa volta declinata al femminile nella persona di Sally Brass, fornita in *The old curiosity shop* del 1841. Molto più benevola e placida è, al contrario, la maniera in cui vengono dipinti gli avvocati appartenenti ad uno studio legale di provincia, e, quindi, meno pretenzioso e venale di quelli della capitale, di cui tratta *Battle of life* del 1846. Né miglior sorte riservò a Laing, magistrato laico della *Hatton Garden Police Court*, il grande romanzo *Oliver Twist* pubblicato in un periodico tra il 1837 ed il 1839. La figura dell'avvocato medio (nel senso di inquadrabile nei ranghi della mediocrità), che risponde al nome di Merdle, viene poi tratteggiata nel romanzo *Little Dorritt*, pubblicato a puntate tra il 1855 ed il 1857.

17 Holdsworth (1928) 43.

18 Per un'inesattezza riguardante il regime delle spese giudiziali, e la loro ripartizione tra attrice e convenuto, commessa da Dickens si veda Holdsworth (1928) 149 che, peraltro, dichiara di poterla denunciare solo grazie ad un'apposita segnalazione del proprio fratello.

periodo dell'anno in cui il dibattimento era destinato a svolgersi in luogo del giudice naturale precostituito identificantesi nella *Court of common pleas*). Di particolare pregio ricostruttivo è il contributo, anche molto esteso, donato dalla dottrina britannica che ha elevato il caso *Bardell v. Pickwick*, nella realtà romanzata iniziato il giorno di San Valentino del 1828, con citazione notificata alla fine del precedente mese di agosto, a paradigma della crisi ordinamentale del *common law* inglese che lasciava irresolutamente convivere plessi giurisdizionali tanto differenti per genesi e storia da non aver perduto la patina di strenuo antagonismo che agli inizi del diciassettesimo secolo[19] aveva toccato punte allarmanti.[20]

Non possono residuare dubbi sul fatto che, ancora ai giorni di Dickens, il procedimento regnante presso le Corti di *common law* seguitasse ad essere affetto da un'impronta di marca medievale,[21] resa luccicante dall'intramontato dominio delle *forms of action* e dei *writs* nei quali si estrinsecavano nel momento dell'introduzione del giudizio come strumento per far valere le *causes of action* connesse alla tutela delle posizioni soggettive sostanziali. Le stesse Corti erano poi tenute a rimettere al verdetto delle giurie i punti controversi in fatto delle cause loro sottoposte, essendo munite di potestà decisoria esclusiva solo per le questioni di diritto. Tortuosi ed eterogenei erano i modi procedurali per avviare il giudizio ed assicurare la presenza e la partecipazione ad esso del convenuto, anche attraverso finzioni (quali il *writ* di *capias ad respondendum* contenente l'ordine al convenuto, notificato attraverso lo sceriffo locale, personalmente responsabile della relativa esecuzione, di costituirsi in giudizio) dirette a prevenire il rischio della nullità del procedimento che si sarebbe verificata in caso di contumacia. Alla stessa categoria di misure fittiziamente deputate a garantire la pienezza del contraddittorio apparteneva il deprecato istituto dello *sham bail*,[22] cui, come

19 Criscuoli, Serio (2016) 160 ss.

20 Si veda la briosa lezione tenuta, alla presenza di uno dei figli di Dickens, Henry Fielding avvocato di professione (che svolse un breve intervento sulla biografia paterna (pag. 105 ss.)), il 13 dicembre 1893 presso la Morley Hall di Hackney da Frank Lockwood (1846–1897) dal titolo *The law and lawyers of Pickwick* pubblicata nello stesso anno dalla Roxburghe Press di Londra. Ed ancora, merita menzione lo scritto del giurista irlandese Percy Fitzgerald (1834–1925), *Bardell v. Pickwick* pubblicato a Londra nel 1902. Va, infine, segnalato l'articolo di Theobald Mathew (1866–1939), dal titolo coincidente con i nomi delle parti del caso in questione: Mathew (1918) 320 ss.

21 Holdsworth (1928) 117.

22 Holdsworth (1928) 124.

racconta Dickens, lo spaesato Pickwick si risolse, su consiglio del proprio legale, a ricorrere, attraverso il quale un estraneo alla lite accettava, in cambio di una ricompensa in denaro, di farsi fideiussore della presenza in giudizio del convenuto, che pur gli era del tutto sconosciuto (donde la apposizione del termine *sham* denotante l'insincerità della promessa), che lo stesso Dickens, mettendo l'espressione in bocca ad uno dei consulenti dello sfortunato protagonista del romanzo, definisce « a legal fiction..., nothing more ».

Né la fase prodromica all'inizio del processo né quella dedicata alla concreta attuazione della decisione esibivano caratteri più promettenti o capaci di essere accettati dalla collettività. Era, infatti, particolarmente macchinoso il metodo di selezione dei componenti la giuria e quello della relativa sostituzione forzosa: come accadde nei *Pickwick Papers* allorquando un farmacista ed un ortolano renitenti furono senza alcun complimento o indugio, ed anzi con modi sbrigativi e minacciosi posti in essere dal giudice Stareleigh che presiedeva il dibattimento, indotti ad accettare l'indesiderato ufficio (con giustificata apprensione, che i fatti avrebbero consacrato come del tutto fondata, di Samuel Pickwick). Quanto all'esecuzione della sentenza essa, secondo le regole vigenti al tempo che qui rileva, poteva aver luogo solo durante una delle speciali sessioni nelle quali era diviso l'anno giudiziario, con considerevoli ritardi. Egualmente insoddisfacente, secondo l'accreditato giudizio degli allora contemporanei, era il complesso di regole che governavano l'istruzione probatoria, a cominciare da quella – dettata dal timore dello spergiuro – che vietava alle parti di deporre, anche sotto il vincolo giuridico e morale di dire la verità.[23]

Al cospetto di queste serie deficienze procedurali si poneva l'ancor più pesante conseguenza di un verdetto di condanna del convenuto in esito ad un giudizio avente natura patrimoniale (come nel caso Bardell), ossia l'arresto per debiti in caso di insolvenza, data l'insussistenza di misure alternative dirette a far valere il giudicato.

Per la verità, sostituendo all'innaturale immobilità, in senso cinematico ed anche processuale, in cui l'interminabile lite per l'eredità Jarndyce[24]

23 È opinione diffusa che la decisione del caso sarebbe stata opposta a quella divisata da Dickens, ed avrebbe, pertanto, arriso a Pickwick, se questi avesse potuto essere chiamato a deporre sui fatti di causa: Holdsworth (1928) 136.

24 In effetti la causa ebbe termine, tra la sorpresa generale (« Over for the day? ... No ... over for good »).

(come narra uno dei capitoli finali, non casualmente intitolato all'inizio del mondo: *Beginning the world*) fu avviluppata, la conduzione sbrigativa, improntata al trionfo della bolsa retorica forense, comicamente orientata verso una soluzione premiale per le emozioni artatamente suscitate nel corso delle difese orali, il risultato netto che deriva dalla narrazione dickensiana è tutt'altro che dissimile nelle due situazioni. Affiora una ricognizione disperata, irrimediabilmente negativa, socialmente perniciosa dell'amministrazione della giustizia disallineata dai valori umani, morali, civili cui la collettività del tempo avrebbe avuto diritto ad aspirare.

In questo si sono fondatamente intravisti decisivi punti di (deprecabile) comunanza tra il sistema processuale di *equity* e quello di *common law*. Ambedue impacciati, incapaci di porsi al passo con i tempi e con le esigenze dei cittadini e di rinunciare alle dannose eredità (soprattutto in materia procedurale) del passato.[25] Potevano in effetti trovarsi marginali elementi di superiorità di un sistema sull'altro: ed ancora una volta l'accurata indagine storica di Holdsworth[26] è di grande aiuto. Ad esempio, in *equity* le parti, e soprattutto il ricorrente, erano in minor misura intimorite dalle conseguenze della mancata osservanza delle regole che disciplinavano le fasi iniziali del processo e liberate dal vincolo di adottare la *form of action* appropriata al caso; il sistema impugnatorio prevedeva che, in caso di annullamento a seguito di impugnazione di una sentenza, in sede di rinvio il caso fosse riesaminato in via integrale.[27] D'altro canto, come la definizione del caso *Bardell* nel corso di un'unica udienza attesta, la procedura seguita dalle Corti di *common law* (che possedevano, tra l'altro, il vantaggio di una tripartizione interna a fronte della unicità della *Court of Chancery*) assicurava molta maggior celerità alla pronuncia delle sentenze[28] e, per ciò stesso, interpretava con maggior fedeltà la corrispondente e crescente istanza sociale.

Ma rimane l'incontestabile dato che fa da sfondo alla società così acutamente raffigurata, anche nelle sue più eminenti composizioni, negli acquerelli dickensiani. La classe dei professionisti legali (giudici, avvocati, funzionari, collaboratori) non si mostrava meritevole di attrarre il rispetto altri-

25 Holdsworth (1928) 143–144.
26 Holdsworth (1928) 143–144.
27 Holdsworth (1928) 145.
28 Holdsworth (1928) 146.

menti dovuto in funzione dei compiti basilari assegnatile.[29] Lo stesso Dickens nei *Pickwick Papers*, usando una fendente ironia che lo avrebbe consegnato alla storia incancellabile degli artisti letterari mondiali, tratteggia la rampante figura di Solomon Pell, avido praticante avvocato davanti la corte dei derelitti, la *Insolvent Court*, e, attraverso essa, simbolizza l'intero ceto forense, i cui componenti più prestigiosi ed opulenti si distinguevano sussiegosamente per la borsa da lavoro di colore blu, acconciamente portata da un giovane commesso, possibilmente di origine e fede ebraica. L'eloquenza scaltra e mistificatoria del mitico Serjeant Buzfuz cui provvidamente la vedova Bardell aveva affidato la propria difesa contro l'attonito Pickwick (accusato di averla circuita in una stanza della locanda tenuta dalla stessa donna, che aveva attribuito valore di sponsale ad una innocente frase del convenuto, che a tutt'altro scopo preludeva) si innesta nel medesimo irriverente filone desacralizzante la professione forense, pedissequa fruitrice di regole procedurali inique ed incongrue, quali solo la cervellotica permanenza fino al 1875 del sistema binario di giurisdizione poteva causare.[30] Perfettamente incastonata in questo mosaico di discredito verso tutti i protagonisti del complessivo mondo in cui la giustizia veniva amministrata in Inghilterra nella prima metà del diciannovesimo secolo è, come già ricordato, la ridicola, stridula, intollerante figura del giudice Starleigh, pronto a zittire, intimidendolo, uno dei componenti il circolo Pickwick, subito scoraggiato dal rendere la preventivata deposizione a favore del fondatore della compagnia di girovaghi intellettuali, ed autore di uno sciatto e banale *summing up* pronunciato leggendo appunti disordinati e scarabocchiati su precari supporti cartacei.

Ma tutto questo fu possibile a Dickens non solo perché egli, esacerbato dalle dolorose vicissitudini paterne e deluso dalle risposte che la giustizia aveva dato alle sue legittime domande, fosse animato da intenti vendicativi: vi erano, in effetti, falle, illogicità, punti critici così evidenti e di macrosco-

29 Lamenta Gest (1913), nel capitolo dedicato a *The law and lawyers of Pickwick* (Parte II 35 ss.: si tratta della riproduzione di una relazione svolta "*post prandium*" davanti al Law club di Pittsburgh, USA, la sera del 9 maggio 1908), che la situazione non mutò, perfino in America, negli anni successivi alla pubblicazione dell'opera in questione.

30 L'abile difensore sottopose alla giuria come argomento decisivamente probante l'intimità dei rapporti tra le parti del giudizio un biglietto manoscritto dell'uomo, recapitato alla donna in prossimità dell'ora di pranzo, racchiudente le parole « spezzatino di carne in salsa di pomodoro ».

pica portata nel sistema che i romanzi non solo catturano mente e spirito dei lettori di ogni tempo e luogo ma soprattutto si candidano come veridici testimoni di verità storiche ed istituzionali.

A correzione intervennero, in parte considerevole indotte anche dalle pagine di Dickens, le fondamentali innovazioni legislative dell'ultimo quarto del diciannovesimo secolo.

4. Le riforme prodotte dai Judicature Acts inglesi del 1873–1875: cause ed effetti riconducibili all'opera di Dickens

Naturalmente, non da sola la graffiante prosa di Dickens sarebbe stata sufficiente a provocare un movimento riformista così poderoso come quello dei *Judicature Acts* del venticinquennio conclusivo degli anni 1800 inglesi. Esistevano ed erano ben note cause profonde e cronologicamente remote che palesavano i guasti acutissimi che la convivenza delle due traversine del sistema giurisdizionale, ciascuna dotata di regole originali e peculiari ed in competizione egemonica con l'altra quanto all'ampliamento delle proprie attribuzioni, ormai quotidianamente cagionava ai singoli cittadini alla ricerca di giustizia ed al prestigio generale dell'ordinamento.[31] Lo stato di crisi cui si fa riferimento non poteva evidentemente che riguardare la giustizia civile, essendo quella penale rivolta alla punizione di reati i quali turbavano l'ordine pubblico e meritavano la reazione del sovrano che ne era custode mediante il giudizio affidato esclusivamente alle corti criminali, immaginificamente denominate, quanto all'organo competente in primo grado, *King's Bench*.[32]

La risoluzione politica che venne adottata nella seconda metà avanzata del diciannovesimo secolo fu indirizzata all'istituzione di una giurisdizione unica e comune per tutti i cittadini del regno ed alla conseguente abolizione della bipolarità di corti e procedure i cui effetti nefasti lo stesso Dickens seppe incisivamente, come visto, illustrare e castigare. Fu, pertanto, costituita nel 1867 una *Royal Commission*, che pubblicò due anni dopo il proprio rapporto, col compito di svolgere una attenta indagine conoscitiva sullo stato

31 Un elenco ragionato delle cause ostative ad un'amministrazione efficiente e soddisfacente della giustizia anteriormente alle riforme del 1873–1875, reputate anche come premesse logiche di essa, si trova in Criscuoli, Serio (2016) 224 ss.

32 Criscuoli, Serio (2016) 227 ss.

della giustizia del tempo:[33] seguì un'ulteriore relazione stilata nel 1872 dal Lord Chancellor Selborne (in carica dal 1872 al 1874 e, successivamente, per un quinquennio dal 1880). Vide così la luce il *Judicature Act*, approvato nel 1873 ma entrato in vigore, per effetto di apposita disposizione contenuta nel *Supreme Court of Judicature (Commencement) Act* del 1874, il primo settembre 1875, coevamente all'omonima legge del 1875 in cui erano confluiti gli emendamenti apportati al testo del 1873. Anche quest'ultima legge (che, assieme all'altra, assunse il nome riassuntivo di *The Supreme Court of Judicature Acts* 1873–1875) entrò in vigore nella medesima data: altri *Judicature Acts*, sempre incidenti sul sistema di amministrazione della giustizia inglese, furono emanati fino al 1925.[34] Nacquero così all'interno di un unico ed accentrato circuito giurisdizionale le *Royal Courts of Justice*, tutte dislocate nella capitale inglese. Già il preambolo degli atti del Parlamento degli anni 1873–1875 ne scolpisce area di applicazione e fini, recitando: « An act for the constitution of a Supreme Court, and for other purposes relating to the better adiministration of justice ». In sostanza, la legge interveniva sui due versanti deboli del sistema fino ad allora imperante: la mancanza di un organo giudiziario di vertice unitario e preminente, con competenza diffusa su tutta la materia civile e su quella penale, e l'esistenza di gravi fattori totalmente o parzialmente impeditivi di un'adeguata amministrazione della giustizia nel regno. Con ciò si mirava ad evitare frammentazioni, eterogeneità, disparità di giudizio ed il corteo degli elementi di disorientamento a danno dei cittadini che l'astruso sistema binario aveva in precedenza implicato. Contestualmente si completavano il disegno e l'assetto piramidale della giustizia attraverso la previsione, sempre in forma unitaria per l'intero territorio inglese, di corti rispettivamente di primo e secondo grado, articolate in Divisioni concepite in ragione delle materie trattate, la *High Court of Justice* (una delle cui articolazioni, denominata *Chancery Court*, manteneva, senza subire alcuna concorrenza di sistemi paralleli, di fatto eliminati, la cognizione delle medesime materie trattate in passato quale corte di *equity*) e la Court of Appeal.

33 Criscuoli, Serio (2016) 235.
34 Criscuoli, Serio (2016) 235.

La percezione, comune agli stessi giudici della neonata *Supreme Court*,[35] della sua funzione pratica e simbolica fu che essa, lungi dal ricalcare le antiche divisioni tra organi giurisdizionali di *common law* e di *equity*, costituisse « una corte di piena e completa giurisdizione ».[36]

L'obiettivo, pienamente realizzato dalle riforme in discorso, della concentrazione in un unico ed infungibile sistema giurisdizionale non più obbediente alle separazioni del passato tra Corti di *common law* e di *equity* non fu il solo benefico effetto dei *Judicature Acts*. Un altro ne fu raggiunto, destinato ad alimentare di nuovo il collegamento tra assetto della giurisdizione ed esigenze ed aspirazioni della collettività, i cui sacrifici e le cui delusioni erano stati senza riguardi immortalati nelle opere di Dickens. Ed infatti, la semplificazione del rito, dal 1873 comune ad ogni controversia, fu condotta al suo esito più spettacolare e socialmente gradito principalmente attraverso l'abolizione delle opprimenti *forms of action*, autentico ostacolo all'avvicinamento di ogni processo all'ambìta meta dell'affermazione del diritto oggettivo e dei diritti soggettivi senza il timore della mannaia del vizio procedurale, anche lievissimo e del tutto innocuo.[37] Si è così potuto scrivere che fu seguita la via orientata a « ridimensionare la funzione della procedura, riconoscendole il ristretto ma più naturale ruolo di strumento complementare dell'amministrazione della giustizia ».[38] È insomma anche per il diritto inglese netta ed accolta la distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale, la cui sovrapposizione aveva in passato non infrequentemente attribuito posizioni prevalenti alle regole imposte dal secondo. Va, peraltro, notato che la stagione riformista che si sta illustrando del tutto opportunamente scelse di raccogliere ad unità, in una sorta di codificazione, le regole procedurali, divenute a tutti conoscibili in forma chiara e scritta attraverso i *Procedure Acts* susseguitisi nel tempo.

35 Ci si riferisce, in particolare, alla posizione assunta da Lord Cairns come riportata da Criscuoli, Serio (2016) 239.

36 Criscuoli, Serio (2016) 239.

37 Che le *forms of action* abbiano continuato ad esercitare una sottile, ma innegabile, suggestione psicologica anche sulla ridisegnata conformazione del sistema giurisdizionale inglese post *Judicature Acts* è constatazione nota, sublimata nella fortunatissima e sapida espressione di Maitland (1909) 1, secondo cui esse, pur sepolte, continuano a governare dalle loro tombe: « The forms of action we have buried but they still rule us from their graves ».

38 Criscuoli, Serio (2016) 241.

È fuori discussione che l'ampiezza degli scenari dischiusi dalla riforma del tardo diciannovesimo secolo è tale da prospettarsi come frutto di un rinnovamento culturale ed istituzionale desiderato e poi attuato da molti, disparati genitori. Ma è altrettanto vero che una delle maggiori spinte propulsive al ripensamento, non solo delle regole a presidio della concreta amministrazione della giustizia, ma della stessa funzione sociale del processo, emancipata dai formalismi, più generosa verso i diritti e le dignità individuali, meno proclive a trasformarsi in mezzo per corteggiare appetiti e vanità individuali e professionali, sia provenuta dalla squisita sensibilità umana, raffinata in una geniale vena letteraria, di Charles Dickens, forse con scettica malinconia (mascherata da satirici racconti sulla vita quotidiana vissuta nelle aule processuali da frazioni così folte di cittadini inglesi) proiettata verso un irraggiungibile ideale di giustizia. Ed anche per questo, per la vastità, precisione, varietà delle informazioni sul turbolento mondo della giustizia ricavabili dai suoi racconti, Charles Dickens viene con ottime ragioni inscritto nella selezionata lista dei grandi storici del diritto inglesi.[39] Il suo apporto alla causa della dinamica formazione del diritto inglese deve, pertanto, stimarsi con certezza indelebilmente acquisito.

Ed il clangore delle catene con cui le *forms of action* imprigionavano il corso della giustizia va smorzandosi, confuso nel vapore sollevato dalle torbide acque tamigine.

Bibliografia

Bagehot, Walter (1879), Literary Studies, London

Criscuoli Giovanni, Mario Serio (2016), Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti, Milano

Dickens, Charles (1838), Oliver Twist, London

Dickens, Charles (1841), The old curiosity shop, London, https://doi.org/10.1093/oseo/instance.00121335

Dickens, Charles (1846), Battle of life, London

Dickens, Charles (1850), David Copperfield, London, https://doi.org/10.1093/oseo/instance.00121331

Dickens, Charles (1852–1853), Bleak House, London

39 Holdsworth (1928) 148.

Dickens, Charles (1855–1857), Little Dorritt, London
Dickens, Charles (1859), A tale of two cities, London
Dickens, Charles (1861), Great expectations, London, https://doi.org/10.1093/oseo/instance.00122022
Eisele, Thomas D. (1975), The legal imagination and language: a philosophical criticism, in: University of Cincinnati college of law scholarship and publications, 47, 363–420
Fitzgerald, Percy (1902), Bardell v. Pickwick, London
Gest, John Marshall (1913), The lawyer in literature, London
Gunby, Andrew Augustus (1917), The lawyer in literature, in: The American Lawyer, 1, 101–112
Holdsworth, William Searle (1928), Charles Dickens as a legal historian, New Haven
Jaques, Edward Tyrrell (1914), Charles Dickens in Chancery, London
Lockwood, Frank (1893), The law and lawyers of Pickwick, London
Maitland, Frederic William (1909), The forms of action at common law, Cambridge
Mathew, Theobald (1918), Bardell v. Pickwick, in: The Law Quarterly Review, 34, 320–328
Melville, Post D. (1899), The lawyer in literature, in: Green Bag, 15, 553–578
Evans, Frank (1921), The lawyer in literature, in: The Canadian Law Times, 41, 566–576
Posner, Richard A. (1988), Law and literature: a misunderstood relation, Cambridge
Pozzo, Barbara (2010), Law & literature e diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White, in: Rivista giuridica dell'Isaidat, 1, 23–32
Wigmore, John Henry (1907–1908), A list of legal novels, in: Illinois Law Review, 2, 574–593
Wigmore, John Henry (1922–1923), A list of one hundred legal novels, in: Illinois Law Review, 17, 26–41
White, James B. (1988–1989), What can a lawyer learn from literature?, in: Harvard Law Review, 102, 2014–2047

Alessandro Somma

Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto

1. Una vocazione comune e un compito per il tempo presente

Per molto tempo il giurista si è accreditato come il tecnocrate per antonomasia, capace di organizzare lo stare insieme come società a partire da un sapere di tipo professionale. Non ha negato che vi fosse un momento politico relativo alla formazione delle regole giuridiche, ma ha sostenuto che questo fosse distinto dal momento tecnico, quello concernente la loro interpretazione in quanto fonti del diritto. Di qui il suo ruolo di tecnocrate, a cui far fronte combinando in vario modo le due varianti del positivismo: accentuando ora la sua capacità di ridurre il diritto alla legge, ora la sua abilità nel riportare quest'ultima a una trama concettuale attraverso cui attribuirle senso compiuto.

Questo modo di intendere il ruolo del giurista è fondativo dell'idea di diritto occidentale, tale proprio in quanto differenziato dalla politica, oltre che dalla religione.[1] E in quanto ricavato dalla scelta di affidare l'amministrazione delle istituzioni giuridiche « a speciali gruppi di persone che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale », capace di dare sistema alle regole prodotte da quelle istituzioni e consentire così lo sviluppo del diritto come un sistema, come corpo contenente « un meccanismo intrinseco di mutamento organico ».[2]

È evidente che lo schema descritto attiene all'autorappresentazione del giurista, ingegnere sociale privo di investitura politica, la cui legittimazione deve dunque trarre fondamento dal carattere tecnico del suo sapere, dalla decontestualizzazione delle sue conoscenze.[3] Altrettanto evidente è che

1 V. rispettivamente Gambaro, Sacco (2008) 39 ss. e Bermann (1998). Anche Mattei, Monateri (1997) 56 ss.
2 Berman (1998) 24 ss. V. anche Berman (2006).
3 Da ultimo Brutti (2016).

l'interpretazione è un atto insieme conoscitivo e creativo, non dissociabile dalle coordinate spazio temporali in cui si compie, e che pertanto il ruolo del giurista non può essere ricostruito ricorrendo a un linguaggio tutto volto a occultarne la valenza politica. E se vi è una consapevolezza diffusa di tutto ciò, è indubbio che il merito va anche e soprattutto ai cultori del diritto comparato e della storia del diritto, tradizionalmente uniti nell'assumere un punto di vista esterno nell'osservazione dei fenomeni giuridici.[4]

Ciò non toglie che le vicende finora descritte abbiano prodotto trasformazioni che, se per un verso non intaccano la valenza politica del ruolo assunto dai giuristi, per altro verso impongono di decifrarla ricorrendo a campi del sapere diversi dal diritto. Evidenzieremo infatti, discorrendo del rapporto tra politica ed economia, che esso è oramai descrivibile in termini di sostanziale subordinazione della prima alla seconda. E ciò porta a concludere che il giurista non è più il tecnocrate per antonomasia in quanto muta radicalmente il suo essere un cultore del positivismo legislativo o scientifico: diviene ora bocca delle leggi economiche, nel primo caso, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nel secondo. Comunque sia, non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statuale, che pure avrebbe potuto condurre a rifondare l'autonomia del giuridico.[5]

Insomma, l'autonomia del giuridico è stata cancellata, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore esclusivo di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera riformulazione del discorso economico, il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso « post » indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli.

Questo assetto si deve alla pervasività del progetto neoliberale, e a un particolare risvolto della sua incontenibile affermazione: la spoliticizzazione

4 Nel senso chiarito in Somma (2014b) 5 ss. e 18 ss.

5 Al proposito Grossi (2000).

dell'ordine economico,[6] portato della fine della storia, a cui si deve la riduzione del compito del giurista a mero riproduttore di un verbo indiscutibile. A questi aspetti dedicheremo le nostre riflessioni, anche per esprimere la convinzione che, se si apriranno scenari alternativi a quelli ora apparentemente immutabili, sarà per l'impegno comune dei cultori del diritto comparato e della storia del diritto, e più in generale degli studiosi di materie definite, non di rado con intento denigratorio, di matrice culturale. Di qui l'urgenza di uno sforzo e di un impegno comuni: un compito per il tempo presente da assolvere per assicurare un futuro meno scivoloso alla scienza giuridica.

2. La fine della storia e lo studio dei modelli di capitalismo

Notoriamente la fine della storia cui abbiamo appena fatto riferimento è quella ricondotta al crollo del Muro di Berlino.[7] L'esito della decennale confrontazione tra socialismo e capitalismo avrebbe cioè fatto emerge, con la vittoria del secondo, quanto può essere ritenuto il punto di arrivo nell'evoluzione dell'umanità: lo sviluppo di un ordine incentrato sulle libertà politiche ed economiche, ovvero sulla combinazione di democrazia e capitalismo. Il tutto da concepire a questo punto non tanto come tratto identificativo dell'esperienza occidentale, bensì come fondamento naturale dello stare insieme come società a livello planetario.

La storia dell'Occidente testimonia peraltro quanto l'equilibrio tra capitalismo e democrazia sia precario e destinato ad alterarsi a favore del primo, ad esempio nei periodi di crisi economica e finanziaria: quando, per salvare il mercato dall'autofagia e preservarlo dal conflitto sociale, si finisce per edificare regimi autoritari prima e totalitari poi. Il capitalismo può cioè affermarsi senza democrazia, quindi in un contesto in cui non si realizza la combinazione che si reputa fondativa dell'esperienza occidentale, e che ora si intende proporre come orizzonte fisso e immutabile per l'esperienza umana. Ciò nonostante è ricorrente l'affermazione per cui il capitalismo può generare democrazia, che dunque ben può svilupparsi in un contesto nel quale siano innanzitutto tutelate la proprietà privata e il principio di concorrenza:

6 Burnham (2001).
7 Fukuyama (1992). La tesi è stata in parte rivista dall'autore: cfr. Fukuyama (1996) e Fukuyama (2002).

si tratterebbe di un contesto prima o poi favorevole allo sviluppo delle libertà politiche. E ciò equivale a dire che, ridotta nei sui termini essenziali, la fine della storia porta a individuare soprattutto il capitalismo, ancor prima della democrazia, quale orizzonte fisso e immutabile dell'evoluzione umana.

Il tutto mentre, a ben vedere, la fine della storia si appalesa nel momento in cui prende corpo un'ondata di critiche alla democrazia del tutto simile a quelle confezionate all'alba dell'esperienza fascista: quando si diceva che essa realizzava una « dittatura del numero », con i parlamenti trasformati in « macchine per fabbricare le leggi », e lo Stato ridotto a entità « impotente » in balìa della « rivolta delle masse ».[8] Similmente, a partire dalla metà degli anni Settanta, non a caso l'epoca in cui il conflitto sociale induce i pubblici poteri a concessioni importanti sul piano dei diritti dei lavoratori e della redistribuzione delle risorse, si inizia a discorrere di un « eccesso di democrazia » da contrastare con un diverso « modo di fondare l'autorità »: ad esempio valorizzando « la competenza, l'esperienza, l'anzianità o un particolare talento ».[9] Con ciò amplificando un filone letterario di matrice neoliberale da tempo impegnato a sostenere che l'ordine politico deve esaltare le libertà economiche, a cui sacrificare se del caso la partecipazione democratica.[10] Il tutto sul presupposto che la politica, ancor prima della democrazia, sia fonte di corruzione e debba pertanto ritirarsi dall'arena economica: è quanto sostenuto dai teorici della scelta pubblica sin dagli anni Sessanta del secolo scorso.[11]

Ma torniamo alla fine della storia e alla relativa centralità del capitalismo in quanto baricentro dell'esperienza occidentale. Questo schema viene alimentato in particolare dai cultori dell'economia comparata, campo del sapere a lungo monopolizzato dal raffronto capitalismo e socialismo, ora riorganizzatosi attorno all'idea per cui l'umanità è giunta alla fine della storia. In tale ambito si punta ora a individuare i modelli di capitalismo affermatisi nel corso degli anni, per poi identificare il più adatto a divenire un punto di riferimento universale.

8 Citazioni in Somma (2005a) 81 ss. e Somma (2006).

9 Lo si afferma nel noto studio sulla crisi della democrazia promosso negli anni Settanta dalla Commissione trilaterale: Crozier, Huntington, Watanuki (1975) 113.

10 Cubeddu (1997) 85 ss.

11 Buchanan, Tullock (1962).

L'epoca in cui si sviluppa lo studio dei modelli di capitalismo è caratterizzata, oltre che dal crollo del socialismo, anche dal trionfo di quanto è stato definito come « capitalismo neoamericano »: il modello sponsorizzato negli Stati Uniti da Ronald Reagan e nel Regno Unito da Margaret Thatcher, e dunque solitamente associata ai due leader conservatori. Anche se per molti aspetti le riforme volute da questi ultimi, identificative dal capitalismo neoamericano, sono state anticipate o quantomeno accompagnate nella loro elaborazione e implementazione da esecutivi a guida progressista. È il caso emblematico del Regno Unito, che nel 1976 ricevette un prestito dal Fondo monetario internazionale vincolato all'abbandono delle tradizionali politiche laburiste, e all'adozione di misure destinate a contenere la spesa pubblica e la pressione fiscale: misure che prepararono l'ascesa dei conservatori nel 1979.[12]

Il capitalismo neoamericano si affermava per rovesciare il compromesso keynesiano, per il quale la redistribuzione della ricchezza non viene affidata al libero incontro di domanda e offerta. E si capisce: per il compromesso keynesiano i pubblici poteri sono chiamati a intervenire fuori dal mercato con il sistema della sicurezza sociale finanziato con la leva fiscale, ma anche nel mercato assicurando forme di riequilibrio della debolezza sociale attraverso la forza giuridica, in particolare nell'ambito delle relazioni di lavoro. Questo perché lo Stato considerava l'ordine economico dal punto di vista delle sue dinamiche macroeconomiche, relative alla produzione e in ultima analisi alla piena occupazione, laddove il capitalismo neoamericano si concentra sui profili microeconomici, concernenti lo scambio e in particolare la razionalità del comportamento dei produttori e dei consumatori.[13]

Tipica del capitalismo neoamericano è insomma una rinnovata fiducia nella capacità del mercato di autoregolarsi, alla base di una visione conflittuale dei rapporti sociali e di una riduzione di questi ultimi a rapporti economici. Visione che evidentemente investe anche la concezione dell'impresa, chiamata a massimizzare i profitti degli azionisti e a concepire le relazioni tra datore di lavoro e lavoratori come normali relazioni di mercato, in quanto tali tendenzialmente flessibili e precarie. Tipica del capitalismo neoamericano è anche l'idea che lo Stato e la sicurezza sociale siano un catalizzatore di inattività e dunque di improduttività, che rappresentino cioè

12 Da ultimo Cesaratto (2016) 181 s.

13 Ferrarese (2017) 27 ss.

una sorta di effetto negativo della modernità. Per questo motivo il capitalismo neoamericano contempla una ridotta pressione fiscale in funzione perequativa, mentre affida la previdenza sociale al mercato e contiene al massimo le limitazioni alla negoziabilità di beni come la salute o l'educazione.[14]

Opposto al capitalismo neoamericano è quello definito « renano », realizzatosi in Germania, per certi aspetti assimilabile a quello tradizionalmente sperimentato nei Paesi del Nord Europa e in Giappone. Questa varietà di capitalismo comprende una visione delle imprese come comunità complesse bisognose di armonia, esattamente come la comunità statale nel suo complesso, per questo governata attraverso una vasta rete di strutture neocorporative. Ecco la ragione per cui è tipica del capitalismo renano un'organizzazione del lavoro incentrata su rapporti contrattuali stabili e duraturi, e soprattutto non subordinata al fine di massimizzare il profitto azionario. Tipica è poi la ricomposizione cooperativa dei conflitti tra datori di lavoro e lavoratori, e una gestione dell'impresa comprendente la partecipazione di questi ultimi alla sua amministrazione:[15] gli azionisti non sono i signori dell'impresa, le cui sorti sono decise con il tendenziale coinvolgimento di tutte le sue componenti, oltre che della comunità sociale in cui opera. Assolve infine alla funzione di indurre cooperazione, oltre che pacificazione sociale in genere, anche la particolare estensione dello Stato e della sicurezza sociale prevista dal capitalismo renano. Quest'ultimo è infatti caratterizzato da una elevata spesa pensionistica e sanitaria, finanziata da una pressione fiscale altrettanto elevata, così come da una ridotta negoziabilità dei beni funzionali a soddisfare i diritti sociali.[16]

Da notare anche, tra le peculiarità del capitalismo renano, il rapporto stretto tra imprese e banche, le seconde principali finanziatrici delle prime, alla base di un sistema di relazioni incrociate destinato ad amplificare il punto di vista della collettività nell'esercizio dell'attività economica. Anche questa circostanza induce ad alimentare un ambiente cooperativo, questa volta relativo, più che all'impresa, al territorio in cui essa è inserita: una caratteristica assente nel capitalismo neoamericano, nel quale il principale

14 Albert (1993) 113 ss.
15 Somma (2015) 549 ss.
16 Albert (1993) 27 ss.

canale di finanziamento delle attività private è la borsa, notoriamente insensibile alla dimensione spaziale.[17]

3. Capitalismo renano vs capitalismo neoamericano

In passato il riferimento al capitalismo come fondamento della tradizione giuridica occidentale è stato utilizzato per bilanciare una sorta di senso di inferiorità del sistema di *common law* rispetto al sistema di *civil law*: si poteva ritenere il primo più « arretrato » del secondo dal punto di vista tecnico giuridico, ma la situazione era capovolta se si considerava invece lo « sviluppo economico ». Quanto appariva un diritto « rozzo e disorganizzato », era in effetti capace di produrre risultati migliori di un diritto « culturalmente superiore » se pesati con il metro del « tenore di vita ».[18]

Più recentemente si è invece stabilito, e rivendicato, un nesso tra il modello di capitalismo neoamericano e il sistema giuridico tipico dei Paesi in cui ha preso corpo e si è sviluppato: ha cioè preso corpo l'idea di una superiorità del *common law* sul *civil law*. Il tutto da affermare nel solco di coloro i quali avevano da tempo rilevato che, tra i caratteri identificativi dei sistemi di *common law*, occorre annoverare la loro « efficienza ».[19]

Questa conclusione è stata sostenuta soprattutto dagli studiosi che al principio del nuovo millennio hanno dato vita alla Nuova economia comparata, un approccio i cui termini e le cui finalità sono stati presentati in uno studio sugli adempimenti richiesti dai diritti nazionali per l'avvio di un'attività imprenditoriale. Lo studio, finanziato dalla Banca mondiale, giunge a conclusioni in linea con quanto affermato dai teorici della scelta pubblica: i diritti nazionali che richiedono un numero elevato di adempimenti alimentano i professionisti della politica, i burocrati statali e le imprese da essi supportate, « in parte perché chi ha concepito quei diritti è inadeguato, e in parte perché le sue politiche incrementano le rendite da corruzione ». Al contrario, i diritti nazionali che limitano gli adempimenti richiesti beneficiano i mercati, essendo tipici di ordinamenti che « facilitano l'accesso al

17 Cfr. anche la distinzione tra « economie di mercato liberali » ed « economie di mercato coordinate » in Hall, Soskice (2001), e quella tra « capitalismo della borsa » e « capitalismo del welfare » in Dore (2000).

18 Merryman (1973) 10.

19 Posner (1979) 281 ss.

potere politico » e « pongono maggiori limiti agli organi amministrativi ». È per questo motivo, concludono gli autori dello studio, che la tradizione di *common law*, in quanto tipicamente istituisce un « governo limitato », deve essere preferita alla tradizione di *civil law*, con la sua « inclinazione all'intervento pubblico nella vita economica ».[20]

Per i fautori della Nuova economia comparata la superiorità dei Paesi di *common law* su quelli di *civil law* è riscontrabile in numerose altre ipotesi. Ad esempio nella disciplina del contratto di lavoro subordinato, delle relazioni industriali e del sistema di sicurezza sociale,[21] o in tema di tutela dei diritti e delle prerogative dell'investitore: il principale attore di un sistema di finanziamento delle attività imprenditoriali incentrato sul mercato dei capitali.[22] E ciò autorizzerebbe a formulare una teoria destinata a sostenere la diffusione a livello planetario del modello di *common law*, e con esso del capitalismo neoamericano: la « teoria dell'origine legale ». Per quest'ultima la circolazione del modello di *common law* incentiverebbe la crescita economica e una maggiore adattabilità ai mutamenti sociali, caratteristiche che invece non discendono dall'adozione del modello di *civil law*.[23]

Si ispirano ai fondamenti della Nuova economia comparata, e dunque costituiscono un incentivo alla circolazione del *common law* e del capitalismo neoamericano, i Rapporti *Doing business* prodotti annualmente in seno alla Banca mondiale. La pubblicazione, divenuta nel tempo un vero e proprio *best seller*,[24] misura i costi economici della regolamentazione giuridica sopportati dalle imprese nei diversi ordinamenti nazionali al fine di individuare gli ambienti normativi più adatti allo sviluppo di attività imprenditoriali, e in ultima analisi ad attrarre investitori.[25]

Il primo Rapporto venne pubblicato nel 2004. Considerava più di centotrenta Paesi, analizzati con riferimento a cinque aspetti esemplificativi dell'intero arco di vita di un'impresa: (i) gli adempimenti richiesti per la sua costituzione, (ii) la disciplina del rapporto di lavoro, (iii) l'implementazione dei contratti, (iv) l'accesso al credito e (v) la gestione della sua crisi. Va da sé che la regolamentazione di questi aspetti viene valutata positivamente

20 Djankov et al. (2002).
21 Botero (2004).
22 La Porta et al. (1998).
23 La Porta et al. (2008).
24 Benjamin, Theron (2009) 204.
25 Per tutti Monateri (2013) 25 ss.

nella misura in cui soddisfa i requisiti tenuti in considerazione dalla Nuova economia comparata: se cioè testimonia un'ingerenza contenuta dei pubblici poteri, i quali devono impegnarsi soprattutto a tutelare i diritti soggettivi patrimoniali e a promuovere la loro implementazione. Questo intendono affermare i Rapporti *Doing business* nel momento in cui motivano la superiorità degli ordinamenti nazionali che: (i) richiedono un numero limitato di procedure necessarie alla costituzione di un'impresa, (ii) affidano all'autonomia delle parti la definizione delle principali vicende concernenti il contenuto del rapporto di lavoro, inclusa la sua instaurazione e cessazione, (iii) promuovono l'efficienza del sistema delle corti e dunque costi e tempi contenuti per la risoluzione delle controversie, (iv) facilitano l'accesso al credito e assicurano nel contempo tutela al creditore, e (v) favoriscono i creditori in genere, non dunque i soli lavoratori e l'erario, nel caso di fallimento dell'impresa.[26]

Ovviamente tutti questi dati conducono gli autori del Rapporto a vedere confermata la teoria dell'origine legale, e dunque la superiorità del *common law* sul *civil law* quanto a capacità di creare un ambiente idoneo allo sviluppo delle attività imprenditoriali. La conclusione, infatti, è che i primi costituiscono un punto di riferimento in quanto « regolano il minimo indispensabile », laddove i secondi, in particolare se modellati sull'esempio francese, non sono da prendere in considerazione giacché « regolano il più possibile ».[27]

Questo stesso schema viene riprodotto, a volte con formule perentorie, a volte in modo più prudente, in tutti i successivi Rapporti *Doing business*. Si è nel tempo ampliato il numero di Paesi presi in considerazione, nell'ultima edizione ben centonovanta,[28] e si sono nel contempo aumentati gli aspetti utilizzati come punto di riferimento per valutare l'efficienza del loro diritto. Si prendono ora in considerazione anche (vi) le procedure per ottenere permessi di costruzione e l'energia elettrica, (vii) le modalità di acquisto della proprietà, (viii) la tutela degli investitori con particolare riferimento agli azionisti di minoranza, (ix) il sistema fiscale, e (x) la disciplina del commercio transfrontaliero. Anche la valutazione di questi aspetti viene condotta seguendo gli insegnamenti della Nuova economia comparata, e dunque valorizzando gli ordinamenti in cui minore è l'ingerenza statale nella vita

26 *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*, Washington: The World Bank, 2004, 17 ss.

27 *Ivi*, xiv.

28 *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*, Washington: The World Bank, 2018.

economica. Sono così premiati gli ordinamenti che (vi) contengono le procedure richieste per costruire e ottenere energia elettrica, (vii) facilitano e velocizzano l'acquisto della proprietà, (viii) impongono trasparenza nelle operazioni con parti correlate e prevedono un'estesa responsabilità dei consiglieri di amministrazione, (ix) contengono la pressione fiscale e semplificano le procedure di riscossione, e (x) prevedono costi e tempi ridotti per organizzare un trasporto merci via mare.

4. Il rovesciamento del compromesso keynesiano

Ovviamente i Rapporti *Doing business*, così come le analisi proposte dai fautori della Nuova economia comparata, pretendono di fornire indicazioni indiscutibili, esattamente come il modello di capitalismo di cui promuovono la diffusione: da questo punto di vista costituiscono il precipitato della cultura alimentata con l'idea di fine della storia. È peraltro evidente che quelle indicazioni sono tutt'altro che incontrovertibili, in particolare perché sono ricavate da dati scelti ad arte per documentare la superiorità del *common law*. Questa almeno è la conclusione cui è giunta una commissione di esperti indipendenti nominata in seno alla Banca mondiale, dopo che le molte critiche sollevate dai Rapporti l'hanno indotta a contrastare una sua piena identificazione con l'ideologia di cui essi sono espressione.

In tale ambito si è riconosciuto che i Rapporti « sono stati molto efficaci nell'attirare l'attenzione sugli oneri derivanti dalla regolamentazione dell'attività imprenditoriale ». Nel contempo si è però sostenuto che essi trascurano la dimensione macroeconomica di quella regolamentazione: « ciò che è positivo per una singola impresa, non lo è necessariamente per l'economia o la società ». In particolare i Rapporti trascurano i benefici sociali e ambientali che, accanto ai costi privati, sono generati dalla regolamentazione dell'attività imprenditoriale. Il che porta sovente a un contrasto con il diritto internazionale, ad esempio con lo spirito di importanti convenzioni elaborate in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro: dove la protezione del lavoro dipendente, efficace nella misura in cui implica ingerenze non certo discrete nell'attività imprenditoriale, è tenuta in alta considerazione e concepita come positiva.[29]

29 Independent Evaluation Group, *Doing Business: An Independent Evaluation*, Washington: The World Bank, 2008, http://go.worldbank.org/SKWPK59XU0, xi e xvi s.

Si noti che la commissione di esperti si è soffermata anche sulla tesi dell'origine legale, da cui ricavare, come abbiamo detto, la superiorità degli ordinamenti ispiratisi al modello di *common law*. La critica si fonda significativamente sui parametri selezionati dai Rapporti *Doing business* e utilizzati per giungere a questa conclusione. Se in questi ultimi si penalizzano i Paesi di *civil law* per le caratteristiche del loro sistema fiscale e la loro disciplina del lavoro subordinato, è perché i criteri di misurazione danneggiano gli ordinamenti con un elevato livello di protezione sociale.[30] E ciò equivale a dire che la tesi della superiorità del *common law* è ideologicamente orientata, che costituisce il frutto di una selezione orientata dei dati da cui pretende di trarre fondamento: che è priva di oggettività.

A ben vedere tutt'altro che neutrale è la scelta del punto di vista privilegiato per il confezionamento dei Rapporti, ovvero il punto di vista dell'investitore. Questo è infatti l'operatore del mercato di riferimento per il capitalismo neoamericano, che pertanto necessita di regole destinate a tutelare il suo investimento. Regole, come quelle tenute in alta considerazione dai fautori della Nuova economia comparata, che ad esempio facilitano le azioni volte a recuperare il credito in caso di adempimento contrattuale o di fallimento del debitore. È del resto l'investitore colui il quale viene beneficiato da un ordine incentrato sulla libera circolazione dei capitali. E questa costituisce un fondamento del capitalismo neoamericano, anche in ciò alternativo al capitalismo renano, fondato sul cosiddetto compromesso di Bretton Woods: quello per cui alla libera circolazione delle merci faceva riscontro una circolazione quantomeno fortemente limitata dei capitali.[31]

Non si può evidentemente ritenere che una varietà di capitalismo come quella sponsorizzata dai Rapporti *Doing business* possa essere proiettata, complice la fine della storia, nell'orbita delle caratteristiche di un modo universale di stare insieme come società.

Non lo si può ritenere innanzi tutto perché si contribuisce altrimenti ad alterare il delicato equilibrio, cui abbiamo fatto riferimento in apertura, tra democrazia e capitalismo. In effetti la libera circolazione dei capitali, definitivamente raggiunta in area europea con il Trattato di Maastricht, alimenta il processo di finanziarizzazione dell'economia e delle imprese,[32] e con esso

30 *Ivi*, 69 s.
31 Pianta (2012).
32 Da ultimo Dagnes e Salento (2016).

una ridefinizione del modo di produrre attorno alla necessità di creare valore per gli investitori, con gli Stati costretti ad adottare politiche destinate ad attirarli: tipicamente politiche con cui contenere i livelli salariali e la pressione fiscale sulle imprese.[33] E questo accelera il percorso verso il rovesciamento di un secondo compromesso, come il primo alla base degli equilibri che hanno retto i cosiddetti anni d'oro del capitalismo: il compromesso keynesiano, cui abbiamo fatto riferimento in apertura, per alimentare il quale occorre un afflusso di risorse incompatibili con le politiche fiscali in linea con il capitalismo neoamericano.[34]

Da un simile punto di vista la fine della storia, ovvero l'assolutizzazione di questa varietà di capitalismo, può essere intesa come una sorta di ripristino della « normalità capitalistica ».[35] Mira cioè a riaffermare la cronica indisponibilità di un ordine incentrato sulla proprietà privata e il principio di concorrenza a correggere la redistribuzione delle risorse realizzata dal funzionamento del mercato, ovvero a impedire che l'inclusione sociale sia ridotta a inclusione nel mercato. Con ciò alimentando la frizione con la democrazia, e dunque esponendo al rischio che fisso e indiscutibile sia a ben vedere il rovesciamento del complesso di valori che il crollo del socialismo avrebbe dovuto rendere universali.

5. Postdemocrazia, postpolitica e primato dell'economia

Quanto abbiamo appena ricostruito sembra documentare, più che la fine della storia, un ritorno al passato, più precisamente all'Ottocento. È questa l'unica epoca in cui, segnalano gli studiosi, l'economia si presentava come desocializzata, ovvero interamente controllata dai mercati e solo da questi. Solo nell'Ottocento, cioè, i rapporti economici erano nettamente distinti dai rapporti sociali e politici, nel senso che i primi erano tesi al perseguimento di finalità autonome come il soddisfacimento di bisogni materiali, e soprattutto si svolgevano entro un'arena dai confini definiti: il mercato concorrenziale, in quanto tale capace di realizzare livelli ottimali di redistribuzione delle risorse.[36]

33 Somma (2016a) 70 ss.
34 Padoa-Schioppa (1992) 134 ss.
35 Maddison (1988) 72 ss.
36 D'obbligo il riferimento a Polanyi (1974) 57 ss.

Non avevano queste caratteristiche le epoche precedenti, in cui prevalevano la redistribuzione e la reciprocità,[37] ma lo stesso vale per quelle successive, in cui si è assistito alla « rincastonatura dell'economico nel sociale ».[38] Il capitalismo, infatti, si è ben presto rivelato come una costruzione edificata su premesse errate: i mercati non sono capaci di autoregolarsi, e soprattutto il loro funzionamento produce diseguaglianze odiose, alla base di un crescente conflitto sociale. Di qui la risocializzazione dell'economia, che nella prima metà del Novecento è stata però sovente realizzata da un potere politico autoritario o totalitario, in massima parte concepita per sostenere le necessità del potere economico capitalista. Si deve infatti attendere la seconda metà del Novecento per vedere affermate forme di risocializzazione dell'economia che mettono seriamente in discussione quanto era fino ad allora un mantra indiscusso: i pubblici poteri devono ora intervenire nelle dinamiche del mercato non tanto per tradurre le sue leggi in leggi dello Stato, bensì per promuovere l'emancipazione sociale, se del caso contro il funzionamento del meccanismo concorrenziale.

Questo schema è tipico soprattutto del costituzionalismo affermatosi negli ordinamenti che hanno sperimentato l'esperienza fascista, nei quali la democrazia economica si è affermata come valore da affiancare a quella politica.[39] Il tutto concepito come strumento di risocializzazione delle dinamiche di mercato, ovvero di riorganizzazione dell'equilibrio tra democrazia e capitalismo in forme tali da impedire una prevalenza del secondo sulla prima. E ciò è esattamente il meccanismo che viene inceppato invocando la fine della storia come motore per la circolazione del capitalismo neoamericano e del suo diritto.

Per meglio comprendere le implicazioni di questa deriva è utile chiamare in causa il concetto di spoliticizzazione, espressione utilizzata non a caso per la situazione creatasi nel Regno Unito nel 1976. Come sappiamo, in quell'anno il Paese ha ricevuto un prestito dal Fondo monetario internazionale condizionato all'abbandono delle politiche laburiste: quelle volute dal Ministro dell'industria Tony Benn e riassunte nell'espressione « Alternative economic strategy », comprendenti misure di sostegno alla domanda e all'occupazione, accompagnate da incisivi controlli sulla circolazione delle merci e

37 Polanyi (1980) 5 ss.
38 Latouche (2005) 87.
39 Ad es. Somma (2011).

dei capitali. Ebbene, in letteratura si è ricorsi al concetto di spoliticizzazione per descrivere l'atteggiamento degli esecutivi che invocano la pressione dei mercati per giustificare scelte bollate come estranee al loro programma, e dunque per sterilizzare il conflitto sociale e nel contempo declinare la responsabilità per il loro operato.[40]

Come si vede, il concetto di spoliticizzazione, assimilabile all'idea di « denazionalizzazione » delle scelte politiche,[41] allude a vicende ulteriori rispetto alla neutralizzazione della partecipazione democratica: implica la possibilità di sterilizzare i processi decisionali, ovvero di metterli al riparo dalla politica in quanto « regno della deliberazione ».[42] È in questa accezione che il concetto viene utilizzato nella riflessione teorica, ma anche e soprattutto nella pratica delle istituzioni incaricatesi di diffondere il verbo neoliberale: prime fra tutte il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale, ad esempio per alludere all'esclusione del momento deliberativo nella risoluzione delle controversie in cui sono parti gli investitori,[43] o nella definizione del costo dell'energia,[44] o ancora nella gestione delle imprese in mano pubblica.[45]

Il concetto di spoliticizzazione ha comunque una storia più risalente di quella cui alludono gli impieghi finora riferiti: una storia dalla quale ricavare alcuni spunti rilevanti ai fini del nostro percorso.

Di particolare interesse sono gli spunti contenuti nelle riflessioni di Carl Schmitt, sviluppate a partire dalla sua nota concezione del « politico »: il regno del conflitto, dello scontro nei « più diversi settori della vita umana », condotto nella consapevolezza del « raggruppamento in base ai concetti di amico e nemico ».[46] Da questo punto di vista, precisa il discusso pensatore tedesco, la storia europea degli ultimi secoli testimonia la costante ricerca di « un terreno neutrale dove la contesa venisse meno »: una « tendenza verso la neutralizzazione » che assume i contorni della « spoliticizzazione », perseguita da ultimo attraverso la « cupa religione del tecnicismo ». Quest'ultima sarebbe però solo apparentemente capace di disinnescare il conflitto, dal momento che « la tecnica è sempre e soltanto strumento ed arma », a dis-

40 Rogers (2009a) e Rogers (2009b). Anche Flinders, Buller (2006).
41 Sassen (2003).
42 Hay (2007). Anche Wood, Flinders (2015).
43 Lu, Verheyen, Perera (2009).
44 Lovei (1998) 4. Anche International Monetary Fund (2010) 38.
45 International Monetary Fund (2015) 24.
46 Schmitt (2015a).

posizione di chi intende impadronirsene nell'ambito del conflitto politico.[47]

Attraverso le parole di Schmitt, che pure non si distingueva certo per essere un difensore del meccanismo democratico, possiamo avvicinarci agli usi del concetto di spoliticizzazione che fanno al caso nostro, ovvero quelli che coinvolgono l'attuale rapporto tra sfera politica e sfera economica. È lì che appare più drammatica la sottrazione di potere decisionale a coloro i quali esprimono la volontà popolare in quanto sono individuati direttamente o indirettamente attraverso forme di partecipazione democratica. È lì che la « politica di spoliticizzazione », e al limite di « iperspoliticizzazione »,[48] intesa come « fine del fare e del pensare politico », finisce per « assegnare un potere fatale ai determinismi economici, liberandoli da ogni controllo »[49] e neutralizzando la possibilità di metterli in discussione.[50]

Evidentemente il tema non è nuovo. Da tempo si parla di « postdemocrazia » per indicare che l'azione del potere economico riduce il funzionamento del meccanismo democratico a un fatto meramente formale,[51] se non altro perché si selezionano a monte gli interessi rappresentabili e quelli da espellere dal circuito della politica: per impedire lo « scandalo democratico »,[52] ovvero la possibilità di mettere in discussione attraverso il conflitto l'ordine dato, evidenziando la sua provvisorietà e contingenza.[53] Giacché la fine della storia non mira tanto a inceppare il funzionamento del meccanismo democratico, ma anche e soprattutto a restringere lo spazio della politica: a veicolare la « fine della politica » come ricaduta inevitabile dello spazio crescente conquistato dal mondo delle imprese.[54] E come necessità di un ordine economico bisognoso di produrre un ambiente « postpolitico », tale in quanto alimenta la « forclusione » del conflitto: la sua eliminazione in quanto espressione della politica,[55] da ridurre a pratica « manageriale di governo consensuale ».[56]

47 Schmitt (2015b).
48 Rubin (2012).
49 Bourdieu (2001) 65.
50 Per tutti Straume (2011) 9 ss.
51 Crouch (2003).
52 Rancière (2011) 63.
53 Campailla (2015) 2.
54 Boggs (2000).
55 Žižek (1999) 248 ss.
56 Swyngedouw (2009) 605.

Risalenti sono anche le riflessioni attorno al concetto di tecnocrazia, che implica l'affermarsi del governo dei « non eletti ».[57] Concetto non sovrapponibile a quello di spoliticizzazione e postdemocrazia, almeno da parte di chi lo ritiene riassuntivo di dinamiche da incentivare, ma evidentemente relativo a vicende tutte implicanti il consolidarsi di paradigmi solidali con lo schema neoliberale.

Dobbiamo però a questo punto rilevare che simili analisi ricorrono soprattutto nelle scienze sociali diverse dal diritto, che dunque si mostra come un campo del sapere poco sensibile al tema in discorso, o più precisamente poco incline ad analizzarlo criticamente: giacché, come vedremo, occorre rilevare più il carattere apologetico, piuttosto che l'assenza di contributi giuridici attorno al tema della spoliticizzazione. Nel prosieguo del lavoro ci dedicheremo dunque a questo tema, soffermandoci innanzi tutto su alcuni casi emblematici, relativi in particolare al processo di integrazione europea. Ci dedicheremo a situazioni nelle quali il circuito della politica esternalizza il momento decisionale, ma anche a casi in cui ne altera il funzionamento, in particolare a causa dell'intreccio con il circuito dell'economia. Faremo infine riferimento a ipotesi in cui la spoliticizzazione passa per l'esercizio di un potere decisionale ancora radicato presso attori politici, alterato tuttavia per l'adozione da parte di questi ultimi di schemi decisionali e costumi mentali tipici degli attori economici.[58]

6. La costruzione europea come dispositivo spoliticizzante

Abbiamo detto dell'intervento del Fondo monetario internazionale nel Regno Unito intorno alla metà degli anni Settanta, e accennato a un suo particolare risvolto: aver consentito al decisore politico di mostrarsi deresponsabilizzato, formalmente incapace di condizionare gli eventi, contribuendo così alla sterilizzazione del conflitto sociale.

Da un simile punto di vista si può parlare di una « logica della disciplina » contrapposta alla logica democratica, che non a caso accompagna la nascita e l'ascesa del capitalismo neoamericano. Una logica pensata per rassicurare in particolare gli investitori, ovvero i protagonisti del capitalismo neoamerica-

57 Vibert (2007).

58 Per una mappatura delle forme di spoliticizzazione per tutti Hay (2007), Moini (2015) 33 ss. e Wood, Flinders (2015).

no, circa la stabilità delle regole destinate a favorirli o quantomeno a consentire loro di esercitare il ruolo di attori principali sulla scena economica. Di qui una serie di misure, tutte volte a spoliticizzare le scelte destinate a facilitare l'attività d'impresa, come quelle relative alla costruzione di infrastrutture, strade, ferrovie, porti e aeroporti in testa, o quelle concernenti la modernizzazione del sistema giudiziario: tutte questioni non a caso prese in considerazione dai Rapporti *Doing business*. Di qui anche e soprattutto la volontà di mettere al riparo dalla politica le scelte cruciali per l'edificazione del capitalismo neoamericano perché incidenti sul livello di ingerenza dei pubblici poteri nell'ordine economico: innanzi tutto le scelte in materia fiscale e monetaria.[59]

La ricaduta più rilevante di questi propositi è stata sicuramente l'indipendenza delle Banche centrali dagli esecutivi, a partire dalla quale si è teorizzata la menzionata logica della disciplina. Ciò perché le Banche si sarebbero in tal modo concentrate sui compiti indicati nei rispettivi statuti, compiti un tempo affidati al circuito della politica, ora riservati loro in via esclusiva, ovvero eliminando in radice la possibilità di ingerenze nel processo decisionale. Le Banche dovevano infatti restare insensibili alle richieste degli esecutivi interessati ad ampliare la base monetaria, in particolare attraverso l'acquisto diretto di titoli del debito pubblico: dovevano essere impermeabili all'esito del conflitto sociale, o comunque a richieste incompatibili con l'assolvimento dei compiti statutari.

Se così stanno le cose, per reperire la liquidità necessaria, lo Stato deve rivolgersi unicamente ai mercati, i quali assumono così una funzione disciplinante del comportamento dei pubblici poteri. I prestiti si ottengono infatti a un tasso di interesse destinato a remunerare il rischio di una mancata restituzione, oltre a quello di una ridenominazione della moneta, evidentemente valutato sulla base di criteri destinati a condizionare l'azione dei pubblici poteri: i mercati premiano i comportamenti dei debitori impegnati a contenere le uscite e puniscono invece quelli votati a spendere, e a farlo in misura dipendente non da scelte indiscutibili, bensì affidata a dinamiche imprevedibili come quelle tipicamente relative alla deliberazione politica.[60] E proprio questo ha contribuito non poco all'epilogo di cui

59 Roberts (2010).
60 Somma (2014a) 9 ss.

abbiamo detto, ovvero al rovesciamento del compromesso keynesiano quale sfondo immutabile per la fase apertasi negli anni Ottanta del secolo scorso.

Come è noto, l'indipendenza della Banca centrale dalla politica è stata perseguita con particolare rigore soprattutto in area europea, dove costituisce un cardine della costruzione perfezionata con il Trattato di Maastricht. Una costruzione da ritenersi un vero e proprio dispositivo spoliticizzante, come chiarito da Guido Carli, il Ministro del tesoro che rappresentò l'Italia nei negoziati per la definizione dei contenuti del Trattato. Il banchiere era consapevole che il tutto avrebbe comportato un « mutamento di carattere costituzionale », e lo apprezzava proprio per questo: avrebbe finalmente comportato « la ridefinizione delle modalità di composizione della spesa, una redistribuzione delle responsabilità che restringa il potere delle assemblee parlamentari e aumenti quelle dei governi », per poi finalmente « ripensare in profondità le leggi con le quali si è realizzato in Italia il cosiddetto Stato sociale ».[61]

Tutto ciò si è puntualmente realizzato per effetto di un'articolata strategia destinata a spoliticizzare il mercato, preservandolo così dal conflitto sociale alimentato dal funzionamento del principio di concorrenza in quanto fondamento della costruzione europea: la strategia che ha preso corpo nel momento in cui la stabilità dei prezzi, menzionata dai Trattati assieme alla piena occupazione, è divenuto l'obiettivo di politica economica da privilegiare ed elevare a fondamento dell'Unione economica e monetaria. Ciò ha ispirato la definizione dei cosiddetti parametri di Maastricht, ovvero il contenimento del deficit pubblico entro il 3% del prodotto interno lordo e del debito pubblico entro il 60% di quella grandezza: parametri poi inaspriti per chiarire che l'obbiettivo da raggiungere è in verità « l'equilibrio del bilancio, con un saldo prossimo al pareggio o positivo »,[62] e che il debito deve essere ridotto « a un ritmo medio di un ventesimo all'anno ». Il tutto precisando che i limiti al deficit devono essere contemplati in disposizioni nazionali « vincolanti e di natura permanente, preferibilmente costituzionale ».[63]

Di fatto quest'ultima misura rende il compromesso keynesiano incostituzionale, o comunque sottrae alle maggioranze politiche contingenti la pos-

61 Carli (1996) 432 ss.

62 *Risoluzione relativa al patto di stabilità* del 17 giugno 1997 (97/C 236/01), facente parte del cosiddetto Patto di stabilità e crescita del 1997.

63 Lo dispone, come è noto, il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'unione economica e monetaria del 2012, il cosiddetto Fiscal compact.

sibilità di promuovere le relative forme di redistribuzione delle risorse. Il tutto presidiato dal divieto di facilitazioni creditizie da parte delle Banche centrali europea e nazionali a soggetti pubblici (art. 123 Trattato funzionamento Ue), e a maggior ragione dal divieto di *bail out*, ovvero di assunzione degli impegni assunti da uno Stato membro da parte dell'Unione europea o di altro Stato membro (art. 125 Trattato funzionamento Ue). A essere spoliticizzata è del resto la politica economica nel suo complesso, che formalmente rientra tra le competenze dei Paesi membri (art. 5 Trattato funzionamento Ue), ma viene di fatto immunizzata contro il loro potere deliberativo. È oramai la politica monetaria, di competenza esclusiva del livello europeo (art. 4 Trattato funzionamento Ue), a costituire il fulcro della politica economica, che finisce così per essere la cinghia di trasmissione di un monetarismo spinto, presidiato da un organo tecnocratico come la Banca centrale europea.[64]

Ma non è tutto. Il divieto di assistenza finanziaria agli Stati membri da parte dell'Unione viene meno se considerata « indispensabile per salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme », e se a tal fine viene « soggetta a una rigorosa condizionalità »: è quanto prevede il Trattato sul funzionamento dell'Unione per effetto una modifica voluta dal Consiglio europeo (art. 136).[65] Ebbene, questa disposizione costituisce la base giuridica per ristrutturare il debito sovrano dei Paesi le cui costituzioni prevedono la democrazia economica, o sono comunque resistenti al capitalismo neoamericano. Di qui il senso delle riforme richieste come contropartita per il prestito: vincere quella resistenza, e anzi mettere al riparo dal conflitto sociale le modalità con cui questo avviene.

In altre parole la ristrutturazione del debito sovrano è divenuta l'espediente per ulteriormente spoliticizzare le misure volte a contenere la spesa sociale, a promuovere le privatizzazioni e le liberalizzazioni, e a ridurre la relazione di lavoro a una relazione di mercato qualsiasi.[66] Con ciò mettendo in luce il fine ultimo di quanto si può oramai definire in termini di economia del debito: produrre in capo al debitore una condizione di subordinazione utile non tanto a ottenere la restituzione della somma concessa in prestito, bensì a mantenere su di esso, secondo la logica dell'usura, un con-

64 Citazioni in Somma (2016a) 75 ss.
65 Decisione 2011/199/Ue del 25 marzo 2011.
66 Ad es. Somma (2016b) 141 ss.

trollo finalizzato ad annullarne la volontà e dunque a dirigerne i comportamenti.[67] Anche l'economia del debito è insomma un contributo alla logica della disciplina: rappresenta la modalità attraverso cui essa viene estorta, sulla scia di quanto avvenuto nel Regno Unito a metà degli anni Settanta, prefigurando per il Paese interessato un vantaggio solo apparente. Giacché il prestito, che pure deve essere restituito, costituisce a ben vedere l'occasione per ottenere dalla politica scelte che altrimenti non verrebbero assunte, o che comunque evidenzierebbero un cortocircuito nel processo deliberativo.

7. Democrazia deliberativa e spoliticizzazione del mercato

Si è detto che l'Unione europea non ha competenza in materia di politica economica, attribuita infatti agli Stati, che nel merito sono ciò nonostante eterodiretti. Se questo è accaduto, se cioè il livello sovranazionale ha potuto condizionare il livello nazionale pur senza averne la competenza, è perché si è ricorsi alla *governance*: processo decisionale di tipo negoziale volto a produrre regole con il concorso dei loro destinatari, i quali le accettano volontariamente, impedendo così che dal punto di vista formale vi sia una violazione della loro sfera di facoltà e poteri. La *governance* attiene infatti alla risoluzione di problemi comuni secondo schemi inclusivi, pensati per realtà il cui assetto è descrivibile ricorrendo all'immagine della rete, al cui interno i comportamenti sono orientati da incentivi. Tutto il contrario del *government* tipico dello Stato nazionale, realtà gerarchizzata ed esclusiva rappresentabile in forma di piramide, che opera invece attraverso divieti ed imposizioni.[68]

Tutto questo attiene al piano delle declamazioni. Giacché, a ben vedere, la *governance* non conduce a scenari idilliaci come quelli cui prelude la contrapposizione al *government*, e del resto rappresenta la modalità deliberativa la cui ascesa si accompagna all'affermazione del paradigma neoliberale: è « la modalità neoliberale della governamentalità ».[69] Che non a caso deriva la sua fortuna da una critica, mutuata dalla letteratura appena precedente l'avvento del fascismo, della democrazia come meccanismo nel quale « i numeri contano più degli argomenti ». Una critica utilizzata per sostenere l'opportunità

67 Lazzarato (2012) 31 ss.
68 Citazioni in Somma (2008).
69 Commisso (2016) 11 ss.

di ripensarla come processo deliberativo bisognoso di vedere « ridotto il peso delle rappresentanze popolari elette » e di distaccarsi dall'idea di « governo della volontà popolare »:[70] per poi identificare nei processi di spoliticizzazione una vicenda da favorire proprio in quanto riduce l'esercizio del potere decisionale a « vicenda di ordine tecnico e apolitico ».[71]

Il movente per lo sviluppo della *governance* è dunque il contributo fornito al processo di spoliticizzazione, e più precisamente alla costruzione di un ambiente postpolitico, nel quale la costruzione di consenso ha come finalità prima la neutralizzazione del conflitto.[72] Il che si ricava fin da quando essa prende corpo, ovvero dalla conclusione del secondo conflitto mondiale: quando si concepirono le istituzioni di Bretton Woods per promuovere lo sviluppo del capitalismo a livello planetario. Queste istituzioni avevano un raggio di azione formalmente limitato, dal momento che era loro sostanzialmente precluso occuparsi direttamente di vicende politiche, di esclusiva competenza degli Stati nazionali. La *governance* fu allora la modalità individuata per aggirare questo divieto, per estorcere le misure pubblicistiche indispensabili allo sviluppo di un ordine privatistico incentrato sulle libertà di mercato. Queste misure si poterono ottenere con il formale consenso degli Stati interessati, ovvero attraverso l'emanazione di regole di *soft law*, definite così perché formulate con il concorso dei loro destinatari e concepite come insieme di proposizioni persuasive: tutto il contrario delle regole di *hard law*, il diritto duro tipico del *government*, che contempla solo divieti e imposizioni ed esclude i destinatari del precetto dalla loro formulazione.[73]

L'idea di un « diritto morbido » è mistificatoria esattamente come lo scenario evocato dalla *governance*. È buona per giustificare l'espulsione della politica dal processo decisionale, che dunque non può opporre ostacoli alle istanze della sfera economica, rese a questo punto imperative e irresistibili: in assenza di meccanismi riequilibratori della debolezza sociale di chi vi prende parte, quel processo finisce per produrre decisioni particolarmente dure. Del resto il diritto morbido si accompagna al recupero del diritto privato e in particolare del contratto a scapito della legge, ovvero del diritto duro,[74]

70 Pettit (2004) 59 s.
71 Kettell (2008) 631.
72 Per tutti Wilson, Swyngedouw (2014). Anche Jaeger (2007).
73 Ad es. The World Bank (1991).
74 Ferrarese (2017) 36 s.

rifiutando però i meccanismi di riequilibrio della forza sociale dei contraenti elaborati nell'ambito del compromesso keynesiano.

Emblematici, da questo punto di vista, sono la nascita e lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria in area europea, ricavata come sappiamo dal primato della politica monetaria e in particolare della volontà di privilegiare il controllo dell'inflazione. In effetti il tutto è avvenuto nel segno della *governance*, per la quale, una volta definiti gli obbiettivi di fondo delle politiche di bilancio, i Paesi membri sono chiamati a perseguirli decidendo liberamente le modalità. La loro azione viene però monitorata da un sistema di sorveglianza multilaterale, concepito come procedura di revisione tra pari, destinato a far sì che le politiche di bilancio nazionali siano coerenti rispetto a specifici obiettivi di medio termine (art. 121 Trattato funzionamento Ue).[75] In tale ambito, tramite il cosiddetto semestre europeo, sono però previsti controlli sulla stesura delle leggi di stabilità tanto penetranti da scardinare le prerogative dei Parlamenti nazionali.[76]

Che la *governance* sia un dispositivo spoliticizzante, e in quanto tale produttivo di soluzioni decisamente dure, lo si riscontra considerando l'assistenza finanziaria agli Stati membri condizionata alla realizzazione di riforme strutturali. Prima che al meccanismo della condizionalità fosse fornita una base giuridica nel senso appena ricordato, si ovviava all'inconveniente ottenendo impegni unilaterali degli Stati assistiti.[77] E non serve dilungarsi troppo per avvedersi di quanto l'unilateralità non indicasse una volontà spontanea di assecondare i desiderata europei, almeno non una volontà in sintonia con quanto sarebbe emerso scomodando il circuito della democrazia partecipativa.

È insomma evidente che la durezza della *governance* emerge come conseguenza del suo essere un veicolo di spoliticizzazione e sterilizzazione del conflitto:[78] per verificarlo possiamo ricorrere alla distinzione tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa. La prima, tipicamente intrecciata con la sovranità statuale, indica la possibilità degli individui di incidere sulle decisioni collettive: possibilità effettiva, assicurata dal funzionamento del

75 Siamo qui nell'ambito del cosiddetto braccio preventivo del Patto di stabilità e crescita del 1997: cfr. Regolamento 1466/97/ Ce e successive modificazioni.

76 Sugli sviluppi più recenti ad es. Gianniti (2016).

77 Per una ricostruzione Somma (2014a) 275 ss.

78 Ad es. Arienzo (2004).

principio di parità in senso sostanziale, che la Costituzione italiana reputa non a caso un presupposto fondamentale per « il pieno sviluppo della persona umana », comprendente « l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese » (art. 3). Diverso è il caso della democrazia deliberativa, che coinvolge tutti i potenziali interessati dalla decisione da assumere, i cosiddetti *stakeholders*, offrendo però loro solo la mera possibilità formale di prendere parte alle decisioni: senza considerazione per l'effettiva possibilità di incidere sul loro contenuto,[79] quindi alimentando una concezione lobbistica delle pratiche decisionali.[80]

Tipico della democrazia partecipativa è insomma il favore con cui guarda al conflitto democratico, al quale rimettere le decisioni relative al modo di essere dell'ordine economico. Il principio di parità sostanziale, infatti, affida ai pubblici poteri il compito, così sintetizzato dalla Costituzione italiana, di « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale » che limitano « di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini » (art. 3). E ciò significa che lo Stato ha il compito di combattere la debolezza sociale con la forza del diritto, e di redistribuire in tal modo le armi del conflitto democratico: senza imporre orizzonti fissi quanto all'esito del conflitto, se non quelli concernenti il presidio dell'ordine democratico. È questo lo schema alla base del costituzionalismo antifascista cui abbiamo fatto poco sopra riferimento.

8. Spoliticizzazione e azzeramento del potere economico

Ci siamo fin qui occupati dei processi di spoliticizzazione consistenti in una contrazione della sfera riservata al momento deliberativo, dovuta in ultima analisi alla sua disconnessione dalla sovranità nazionale. Occorre ora dire dei casi in cui il momento deliberativo non subisce una simile amputazione, e tuttavia il risultato finale non cambia: indica un'invasione di campo del circuito dell'economia ai danni del circuito della politica, questa volta complice l'assunzione da parte del secondo dei paradigmi tipici del primo. Il tutto a conferma della circostanza per cui lo Stato ha in alcuni casi perso posizioni rispetto al passato, ma in altri le ha conservate e al limite incrementate, tuttavia per realizzare finalità non inerenti la sua sfera. Del resto anche il neoliberalismo ha bisogno dei pubblici poteri per affermarsi, se non

79 Crouch (2003) 22.
80 Ferrarese (2010) 56 ss.

altro in quanto non è una teoria della libertà senza limiti: è votato per un verso a produrre libertà, ma per un altro a consumarla e organizzarla.[81]

Possiamo mutuare il fondamento teorico di questa forma di spoliticizzazione dall'ordoliberalismo, ovvero della variante del neoliberalismo che ha preso corpo in area tedesca.[82]

L'ordoliberalismo intende completare il processo iniziato dalla Rivoluzione francese con la liberazione del comportamento individuale, che si vuole ora funzionalizzare al mantenimento e allo sviluppo di un sistema incentrato sul principio di concorrenza. Di qui la repressione delle concentrazioni di potere economico, considerate alla stregua di corpi intermedi tra l'individuo e il mercato capaci di determinarne il fallimento. Tutto l'opposto di quanto avviene in regime di democrazia partecipativa, dove il principio di parità sostanziale impone, più che di azzerare il potere, di consentire lo sviluppo di contropoteri capaci di prendere parte efficacemente al conflitto democratico,[83] combattendo così i processi di spoliticizzazione.[84]

L'ordoliberalismo è insomma la dottrina secondo cui il potere politico deve essere accentrato nelle mani di uno Stato forte al fine di combattere efficacemente le concentrazioni di potere economico: per rendere gli operatori economici incapaci di comportamenti diversi dalla mera reazione automatica agli stimoli del mercato.[85] In tal senso il principio di concorrenza viene eretto a strumento di direzione politica dei comportamenti individuali.

Così facendo, però, il potere politico solo apparentemente afferma la sua signoria sul potere economico, come invece reputano gli ordoliberali. Questi ultimi motivano così la necessità di edificare uno Stato forte, finalmente capace di prevalere sui centri di interessi che avevano condizionato lo Stato democratico, ritenuto uno « Stato impotente », confuso con la società e dunque condannato a divenire uno « Stato preda ».[86] Il potere politico è

81 Foucault (2005) 65 e 264 s. Anche Moini (2015) 33 s. e Streeck (2015) 361 s.

82 I più sono soliti distinguere tra neoliberalismo e ordoliberalismo, e tuttavia è possibile ricondurre i due fenomeni a unità considerando che, se nel secondo prevalgono motivi organicistici, è perché questi ultimi sono costitutivi dell'esperienza tedesca: cfr. Somma (2017).

83 Somma (2014a) 135 s.

84 Preterossi (2015) 174 ss.

85 Böhm (1946) 147.

86 Rüstow (1932) 171.

però chiamato a tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato: è dunque eterodiretto, condannato a recepire schemi indiscutibili in quanto posti a presidio di un ordine incentrato sulla proprietà privata e sul principio di concorrenza. O in alternativa condivide le scelte operate dal potere economico, e anche per questo decide di renderle indiscutibili ricorrendo alla loro spoliticizzazione, che come sappiamo ben può costituire un mero espediente elaborato per sterilizzare il conflitto sociale.

La costruzione appena tratteggiata è pensata per il confezionamento di regole privatistiche, ma non solo: rilevano qui anche le disposizioni pubblicistiche in qualche modo chiamate a produrre un ambiente normativo solidale con il principio di concorrenza. Riguardano invece le sole regole pubblicistiche due approcci, a cui faremo ora un breve cenno, chiamati anch'essi a produrre forme di spoliticizzazione dell'ordine economico ottenute attraverso l'assunzione dei suoi paradigmi da parte dell'ordine politico.

Il primo approccio è rivolto al livello superprimario, chiamato a rappresentare un presidio rafforzato dei fondamenti del neoliberalismo, a questo punto resi immodificabili dalle maggioranze politiche contingenti: come nell'ipotesi, menzionata poco sopra, in cui si affida al testo costituzionale la previsione del pareggio di bilancio. Non è un caso se indicazioni in tal senso sono state da tempo formulate nell'ambito della teoria della scelta pubblica, in particolare da parte dei fautori della *constitutional economics*. Giacché questa è complessivamente tesa a rendere particolarmente resistenti le regole destinate a riservare ai pubblici poteri il ruolo di meri custodi del principio di concorrenza, prevenendo la possibilità di attribuire loro compiti incompatibili con l'idea per cui il mercato costituisce il principale strumento di redistribuzione delle risorse.[87]

Il secondo approccio attiene al funzionamento della pubblica amministrazione ed è quello per cui esso deve avvenire secondo i dettami del *New public management*: un approccio dalle molte variabili, accomunate però dall'idea per cui l'azione amministrativa dei pubblici poteri deve svilupparsi sulla base di principi e parametri concernenti il funzionamento dell'ordine economico. In tale ambito si assiste evidentemente a forme di spoliticizzazione in senso stretto, determinate dall'esternalizzazione del momento decisionale, riconducibile alla scelta di affidare a privati l'erogazione di servizi

87 Cfr. Buchanan (1991).

tradizionalmente forniti dalla sfera pubblica. Peraltro anche le prerogative ancora riconducibili a quest'ultima, e in particolare i poteri di pianificazione e controllo sull'operato dei privati, sono esercitate secondo paradigmi mutuati dall'ordine economico.[88] Il tutto mentre anche il *New public management* risulta caratterizzato dalle stesse forme di burocratizzazione e standardizzazione che pretende di voler superare,[89] mettendo così in evidenza l'incapacità del metro economico di produrre i benefici associati dal neoliberalismo alla sua adozione.

Possiamo in questa sede richiamare anche la pratica, sempre più diffusa, dell'*outsorcing* legislativo, e in particolare l'incarico conferito a grossi studi legali internazionali a cui i governi chiedono di elaborare progetti di legge: fenomeno emerso in Germania, dove ha animato accesi dibattiti,[90] diffuso peraltro anche e soprattutto nei contesti dove non viene tematizzato. Con ciò non si vuole dire che qualsiasi ricorso a consulenti costituisca un problema per la democrazia: le consulenze, comprese le richieste di redigere articolati, non sono un fatto raro, di norma coinvolgente enti di ricerca pubblici. Radicalmente diverso è però il caso in cui la consulenza, o meglio la redazione di un articolato, viene affidata a grandi studi legali internazionali: è evidente, e proprio di questo si è dibattuto in Germania, che si producono così conflitti di interessi capaci di minare alle fondamenta il meccanismo democratico.

9. Postdiritto o postcapitalismo?

La spoliticizzazione dell'ordine economico, e con essa la transizione verso la postdemocrazia e la postpolitica, sembrano segnare una direzione oramai consolidata, con la quale i cultori del diritto sono inevitabilmente chiamati a misurarsi. Il postdiritto come orizzonte fisso del giurista mostra di non avere alternative percorribili, almeno fino a quando la comparazione e la storia giuridica resteranno la prerogativa di studiosi solitari.[91] O in alternativa di studiosi arruolati tra le fila dei cultori del positivismo, ai quali fornire mate-

88 Per tutti Savas (2001) 1736 ss. e Dahl (2009) 636 ss.
89 Già Ahonen, Salminen (1997).
90 Ad es. Krüper (2010).
91 Al proposito per tutti Caroni (2009).

riale per qualche citazione di contributi comunque considerati meri ornamenti per costruzioni dal solido impianto neoliberale.[92]

Le cose potrebbero prendere una diversa curvatura se solo si avverasse la previsione di un superamento del capitalismo, in buona sostanza dovuto alla sua irreversibile propensione all'autofagia. Un superamento riconducibile dunque a un moto spontaneo,[93] magari accelerato dal progresso tecnologico, sul presupposto che l'economia della conoscenza costituisca lo stadio evolutivo del capitalismo contenente i germi della sua fine.[94] È peraltro lecito ritenere che si tratti di ipotesi poco fondate, se non di pie illusioni, o che quantomeno il ritorno della normalità capitalistica non verrà turbato nel medio periodo da avvenimenti epocali come quelli prefigurati dai teorici della fine del capitalismo. In effetti, sebbene l'idea di fine della storia come fine dell'ideologia e dell'utopia sia a sua volta ideologica e utopica, è poco probabile che essa cederà il passo alla fine del capitalismo.[95]

Del resto, se proprio si vuole identificare una linea di tendenza per un possibile cambiamento, quanto sembra emergere è un ritorno alla dimensione statuale nella lotta planetaria per la conquista dei mercati internazionali. Assistiamo cioè a un ritorno del nazionalismo economico, da intendersi però come una variante del neoliberalismo, ovvero come fase del capitalismo in cui si chiede nuovamente ai pubblici poteri di sostenerne l'equilibrio e lo sviluppo. Tutto ciò è però incapace di mettere in discussione il primato dell'economia sulla politica, e con esso la tendenza verso la spoliticizzazione dell'ordine economico. Giacché la deregolamentazione, ovvero la rinuncia del legislatore a orientare i comportamenti dei consociati, non produce risultati diversi dal ritorno alla regolamentazione, se quest'ultima avviene nelle forme di volta in volta ritenute necessarie ad alimentare il progetto neoliberale. Il nuovo nazionalismo economico non determina cioè un'espansione della libertà individuale, bensì una crescente « esposizione degli autori di scelte all'impatto sia coercitivo sia educativo di forze essenzialmente non politiche: in primo luogo quelle associate ai mercati finanziari e commerciali ».[96]

92 È la triste parabola della cosiddetta Neopandettistica: citazioni in Somma (2005b) 218 ss.
93 V. la rassegna di Sivini (2016).
94 Ad es. Mason (2016).
95 Wilson, Swyngedouw (2014) 7 s.
96 Baumann (2015) 78 s.

Insomma, la fine della storia è la fine di qualsiasi progetto politico incompatibile con il neoliberalismo, che diviene così l'unico orizzonte per il diritto e il giurista. In questo senso il primo viene spoliticizzato e il secondo trasformato in mero amministratore dell'esistente. Tanto che è legittimo chiedersi se in un futuro non troppo lontano si avrà ancora bisogno di loro.

Bibliografia

Ahonen, Pertti, Ari Salminen (1997), From Depoliticized Public Management to Political Rationality, in: Ahonen, Pertti, Ari Salminen (a cura di), Metamorphosis of the Administrative Welfare State, Frankfurt am Main, 157–177

Albert, Michel (1993), Capitalismo contro capitalismo (1991), Bologna

Arienzo, Alessandro (2004), La Commissione europea e il tema della legittimità politica nel Libro bianco sulla governance europea, in: Borrelli, Gianfranco (a cura di), Governance, Napoli, 39–54

Baumann, Zygmunt (2015), La solitudine del cittadino globale (1999), Milano

Benjamin, Paul, Jan Theron (2009), Costing, Comparing and Competing: The World Bank's Doing Business Survey and the Bench-Marking of Labour Regulation, in: Acta Juridica, 52, 204–234

Berman, Harold J. (1998), Diritto e rivoluzione (1983), Bologna

Berman, Harold J. (2006), Law and Revolution II, Cambridge Ma.

Boggs, Carl (2000), The End of Politics: Corporate Power and the Decline of the Public Sphere, New York

Böhm, Franz (1946), Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1, 141–149

Botero, Juan C. et al. (2004), The Regulation of Labor, in: Quarterly Journal Economics, 119, 1339–1382

Bourdieu, Pierre (2001), Controfuochi 2. Per un nuovo movimento europeo, Roma

Brutti, Massimo (2016), La solitudine del presente, in: Birocchi, Italo, Massimo Brutti (a cura di), Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive, Torino: Giappichelli, 295–318

Buchanam, James M. (1991), Constitutional Economics, in: Eatwell, John, Murray Milgate, Peter Newman (a cura di), The World of Economics, London–Basingstoke, 134–142

Buchanan, James M., Gordon Tullock (1962), The Calculus of Consent, Ann Arbor

Burnham, Peter (2001), New Labour and the Politics of Depoliticisation, in: British Journal of Politics and International Relations, 3, 127–149, https://doi.org/10.1111/1467-856X.00054

Campailla, Giovanni (2015), Crisi e scandalo della democrazia nell'epoca post-democratica, in: Iconocrazia, 9, www.iconocrazia.it/crisi-e-scandalo-della-democrazia-nellepoca-post-democratica
Carli, Guido (1996), Cinquant'anni di vita italiana (1993), Roma–Bari
Cesaratto, Sergio (2016), Sei lezioni di economia. Conoscenze necessarie per capire la crisi più lunga (e come uscirne), Reggio Emilia
Commisso, Giuliana (2016), La genealogia della governance. Dal liberalismo all'economia sociale di mercato. L'ordoliberalismo tedesco, Trieste
Crouch, Colin (2003), Postdemocrazia, Roma–Bari
Crozier, Michel, Samuel P. Huntington, Joji Watanuki (1975), The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission, New York
Cubeddu, Raimondo (1997), Atlante del liberalismo, Roma
Dagnes, Joselle, Angelo Salento (2016), L'impresa disconnessa: point value, estrazione di valore, accumulazione finanziaria, in: Barbera, Filippo, Joselle Dagnes, Angelo Salento, Ferdinando Spina (a cura di), Il capitale quotidiano. Un manifesto per l'economia fondamentale, Roma, 33–66
Dahl, Hanne Marlene (2009), New public management, care and struggles about recognition, in: Critical Social Policy, 29, 634–654
Djankov, Simeon, et al. (2002), The regulation of entry, in: The quarterly Journal of economics, 117, 1–37
Dore, Ronald (2000), Stock Market Capitalism: Welfare Capitalism. Japan and Germany versus the Anglo-Saxons, Oxford, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199240623.001.0001
Ferrarese, Maria Rosaria (2010), La governance tra politica e diritto, Bologna
Ferrarese, Maria Rosaria (2017), Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario, Bologna
Flinders, Matthew, Jim Buller (2006), Depoliticisation: principles, tactics and tools, in: British Politics, 1, 293–318, https://doi.org/10.1057/palgrave.bp.4200016
Foucault, Michel (2005), Nascita della biopolitica (1978–79), Milano
Fukuyama, Francis (1992), La fine della storia e l'ultimo uomo, Milano
Fukuyama, Francis (1996), Fiducia, Milano
Fukuyama, Francis (2002), L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica, Milano
Gambaro, Antonio, Rodolfo Sacco (2008), Sistemi giuridici comparati, 3. ed., in: Trattato di diritto comparato, diretto da R. Sacco, Torino
Gianniti, Luigi (2016), Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione, in: Diritto pubblico, 22, 389–420
Grossi, Paolo (2000), Globalizzazione e pluralismo giuridico, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, vol. 29, 551–558
Hall, Peter A., David Soskice (a cura di) (2001), Varieties of Capitalism, Oxford–New York

Hay, Colin (2007), Why We Hate Politics, Cambridge
Jaeger, Hans-Martin (2007), "Global Civil Society" and the Political Depoliticization of Global Governance, in: International Political Sociology, 1, 257–277
Kettell, Steven (2008), Does depoliticisation work? Evidence from Britain's membership of the exchange rate mechanism, 1990–92, in: The British Journal of Politics & International Relations, 10, 630–648, https://doi.org/10.1111/j.1467-856x.2008.00338.x
International Monetary Fund (2010), Republic of Moldova: Request for a Three-Year Arrangement Under the Extended, Country Report No. 10/32
International Monetary Fund (2015), Romania. Selected Issues, Country Report No. 15/80
Krüper, Julian (2010), Lawfirm – legibus solutus?, in: Juristen-Zeitung, 65, 655–662, https://doi.org/10.1628/002268810791676070
La Porta, Rafael et al. (2008), Law and Finance, in: Journal of Political Economy, 106, 1113–1155
La Porta, Rafael et al. (2008), The Economic Consequences of Legal Origins, in: Journal of Economic Literature, 46, 285–332
Latouche, Serge (2005), Come sopravvivere allo sviluppo. Dalla decolonizzazione dell'immaginario economico alla costruzione di una società alternativa (2004), Torino
Lazzarato, Maurizio (2012), La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista, Roma
Lovei, Laszlo (1998), Electricity Reform in Ukraine. The Impact of Weak Governance and Budget Crises, Viewpoint, Report No. 168, Washington
Lu, Kerin W., Gero Verheyen, Srilal M. Perera (2009), Investing with Confidence. Understanding Political Risk, Washington
Maddison, Angus (1988), La natura e il funzionamento del capitalismo europeo: una prospettiva storica e comparativa, in: Moneta e Credito, 51, 53–105
Mason, Paul (2016), Postcapitalismo. Una guida al nostro futuro, Milano
Mattei, Ugo, Pier Giuseppe Monateri (1997), Introduzione breve al diritto comparato, Padova
Merryman, John Henry (1973), La tradizione di civil law (1969), Milano
Moini, Giulio (2015), Capire il neoliberalismo: variegatura, egemonia e (de)politicizzazione, in: Moini, Giulio (a cura di), Neoliberismo e azione pubblica. Il caso italiano, Roma, 17–50
Monateri, Pier Giuseppe (2013), Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici, Roma–Bari
Padoa-Schioppa, Tommaso (1992), L'Europa verso l'unione monetaria. Dallo Sme al trattato di Maastricht, Torino
Pettit, Philip (2004), Depoliticizing Democracy, in: Ratio Juris, 17, 52–65, https://doi.org/10.1111/j.0952-1917.2004.00254.x
Pianta, Mario (2012), L'Europa della finanza, in: Parolechiave, 48, 103–121
Polanyi, Karl (1974), La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca (1944), Torino

Polanyi, Karl (1980), Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica (1968), Torino
Posner, Richard A. (1979), Some uses and abuses of economics in law, in: The University of Chicago Law Review, 46, 281–306
Preterossi, Geminello (2015), Ciò che resta della democrazia, Roma–Bari
Rancière, J. (2011), L'odio per la democrazia, 2. ed., Napoli
Roberts, Alasdair (2010), The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government, Oxford, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195374988.001.0001
Rogers, Chris (2009a), From Social Contract to "Social Contrick": The Depoliticisation of Economic Policy-Making under Harold Wilson, 1974–75, in: British Journal of Politics and International Relations, 11, 634–651
Rogers, Chris (2009b), The Politics of Economic Policy Making in Britain: A Reassessment of the 1976 IMF Crisis, in: Politics & Policy, 37, 971–994, https://doi.org/10.1111/j.1747-1346.2009.00207.x
Rubin, Edward L. (2012), Hyperdepoliticization, in: Wake Forest Law Review, 47, 631–679
Rüstow, Alexander (1932), Interessenpolitik oder Staatspolitik, in: Der deutsche Volkswirt, 6, 169–172
Sassen, Saskia (2003), Globalization or denationalization?, in: Review of International Political Economy, 10, 1–22, https://doi.org/10.1080/0969229032000048853
Savas, Emanuel S. (2001), Privatization and the New Public Management, in: Fordham Urban Law Journal, 28, 1731–1737
Schmitt, Carl (2015a), Il concetto di politico (1932), in: Schmitt, Carl, Le categorie del politico (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, 101–166
Schmitt, Carl (2015b), L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni (1929), in: Schmitt, Carl, Le categorie del politico (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, 167–183
Sivini, Giordano (2016), La fine del capitalismo. Dieci scenari, Trieste
Somma, Alessandro (2005a), I giuristi e l'Asse culturale Roma–Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista, Frankfurt am Main
Somma, Alessandro (2005b), Da Roma a Washington, in: Monateri, Pier Giuseppe, Tomasz Giaro, Alessandro Somma (a cura di), Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva, Roma, 169–239
Somma, Alessandro (2006), I giuristi francesi e il diritto della "grande trasformazione", in: Durand, Bernard, Jean-Pierre Le Crom, Alessandro Somma (a cura di), Le droit sous Vichy, Frankfurt am Main, 371–393
Somma, Alessandro (2008), Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti, in: Rivista critica del diritto privato, 26, 437–467
Somma, Alessandro (2011), Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 16, 461–494

Somma, Alessandro (2014a), La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito, Roma

Somma, Alessandro (2014b), Introduzione al diritto comparato, Roma e Bari

Somma, Alessandro (2015), Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo, in: Politica del diritto, 46, 549–573

Somma, Alessandro (2016a), Maastricht, l'Europa della moneta e la cultura ordoliberale. Storia di una repressione politica, in: Barba, Aldo et al., Rottamare Maastricht. Questione tedesca, Brexit e crisi della democrazia in Europa (2016), Roma, 57–109

Somma, Alessandro (2016b), Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito, in: Contratto e impresa, 32, 123–158

Somma, Alessandro (2017), Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi, in: Macario, Francesco, Marco Nicola Miletti (a cura di), La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI Secolo, Roma, 189–207

Straume, Ingerid S. (2011), The Political Imaginary of Global Capitalism, in: Straume, Ingerid S., John Fredrick Humphrey (a cura di), Depoliticization. The Political Imaginary of Global Capitalism, Malmö, 27–50

Streeck, Wolfgang (2015), Heller, Schmitt and the Euro, in: European Law Journal, 21, 361–370, https://doi.org/10.1111/eulj.12134

Swyngedouw, Erik (2009), The Antinomies of the Postpolitical City: In Search of a Democratic Politics of Environmental Production, in: International Journal of Urban and Regional Research, 33, 601–620, https://doi.org/10.1111/j.1468-2427.2009.00859.x

Vibert, Frank (2007), The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9780511491160

Wilson, Japhy, Erik Swyngedouw (2014), Seeds of Dystopia: Post-Politics and the Return of the Political, in: Wilson, Japhy, Erik Swyngedouw (a cura di), Edinburgh, 1–22

Wood Matt, Matt Flinders (2015), Rethinking Depoliticisation: Beyond the Governmental, in: Wood Matt, Matt Flinders (a cura di), Tracing the Political. Depoliticisation, Governance and the State, Bristol, 21–45

The World Bank (1991), Managing Development: The Governance Dimension, Washington: The World Bank

Žižek, Slavoj (1999), Il soggetto scabroso. Trattato di ontologia politica, Milano

Bernardo Sordi

Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?

1. Una ricetta accattivante

Nelle dense righe di invito al seminario, gli organizzatori hanno messo opportunamente in guardia da una comparazione tra forme astratte: da una comparazione, cioè, che si limitasse a misurare somiglianze e differenze tra istituti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi.

A ben guardare, questa comparazione descrittiva è essa stessa frutto dell'ipoteca nazionalistica. Si pongono in parallelo gli ordini giuridici, a loro volta delimitati e circoscritti da rigidi confini territoriali. Si segue una comparazione per rette parallele, raramente destinate ad incontrarsi, che proprio attraverso il confronto, scandendo le differenze, esalta l'autonomia e quasi l'impermeabilità dei singoli percorsi nazionali.

Occorre riconoscere che questo tipo di comparazione ha svolto in passato un enorme compito informativo.

Una intera generazione di giuristi italiani si è avvicinata ai temi del diritto costituzionale comparato, studiando *Le forme di governo* di Costantino Mortati:[1] un fortunato ciclo di lezioni, edito nel 1973, appartenente dunque alla fase scientifica dell'ultimo Mortati, ma che sviluppava e proseguiva una inclinazione comparatistica, che già dalla fine degli anni Cinquanta caratterizzava i suoi corsi di diritto costituzionale italiano e comparato nella facoltà di Scienze politiche della Sapienza, a Roma.[2]

Le *Lezioni* di Mortati, nel loro genere, erano un capolavoro: un testo complesso, rivelatore del dominio totale che Mortati possedeva degli esiti costituzionali del Novecento giuridico, paesi socialisti inclusi; della vicenda complessiva dello Stato moderno; della storia costituzionale italiana.

1 Mortati (1973) *passim*.
2 Lanchester (2012) 696.

Quello di Mortati era sicuramente un atlante prezioso delle carte costituzionali del Novecento; ne rivelava insieme la geografia e la storia, scoprendo ed inventariando uno Stato costituzionale dai mille rivoli, dalle molteplici intersezioni, dai bruschi e dolorosi *revirements*. Eppure, quel racconto non appariva del tutto coeso. Costretto a seguire l'articolazione dei diversi confini nazionali, finiva esso stesso per risultare segmentato. La ricostruzione si muoveva, appunto, per forme, per modelli: per modelli di ingegneria costituzionale più che di storia costituzionale.

Rispetto a questa prima tappa, pur così importante, di una comparazione giuridica che per sua natura già ampiamente sfatava « il culto dello Stato, della legge, del Codice »,[3] la *Comparative legal history* ci offre, oggi, una ricetta ancor più accattivante. Si fa carico dei nuovi problemi di mappatura spaziale della storia giuridica oltre le storie nazionali.[4] Ci promette di superare il catalogo delle forme astratte e delle invarianti concettuali, mettendo da parte il « continuismo acritico »[5] e garantendoci profondità storica e contestualizzazione delle intersezioni e delle circolarità alla base della nascita e dello sviluppo del giuridico.

L'obiettivo è quello di mettere in luce le circolazioni, le recezioni, gli intrecci dei processi di formazione del diritto, tanto più profondi e diffusi, tanto più ci si allontana – all'indietro – dal sistema ottocentesco degli Stati, riscoprendo quindi anche una intrinseca, naturale, pluralità delle storie giuridiche.[6]

Si dovrebbe, così, rompere il circolo vizioso di uno spirito popolare che da Savigny in poi aleggia e soffia, sistematicamente, solo in ciascun popolo, traducendosi in altrettanti, distinti, diritti nazionali.

Si dovrebbe restituire visibilità e pari dignità al centro come alla periferia della storia giuridica occidentale,[7] rompendo una declinazione della *European legal history* che in buona sostanza non è mai riuscita ad allentare il focus – strettamente continentale – del suo centro di attrazione. Una storia segnata quindi da vistose egemonie: Francia e Germania su tutte (cui si aggiunge, ma solo ed esclusivamente per il basso medioevo, l'Italia, o

3 Grossi (2007) 198.
4 Sordi (2013) *passim*.
5 Brutti (2018) in questo volume.
6 Halperin (2010) 295 ss.
7 Pihlaiamäki (2014) 121 ss.

meglio, la *Respublica Christiana* dei grandi glossatori e commentatori). A conferma che il racconto, più accreditato, della storia europea del diritto è scandito dalla « succession of "schools" of law professors », che elevando il *mos gallicus* a « centre stage », già a partire dalla prima età moderna, aveva in pratica escluso l'intera Europa meridionale dal suo raggio di attenzione.[8]

Egemonie non prive di precise opzioni storiografiche, quindi, ma certo rafforzate dalla capacità di questi due percorsi di porsi, con l'approssimarsi della contemporaneità, come motori dei processi di circolazione e di recezione (dalle costituzioni rivoluzionarie ai codici napoleonici; dalla pandettistica al germanismo amministrativo, dal BGB alla costituzione di Weimar).

La recente messa in cantiere di una grossa impresa collettiva (l'*Oxford Handbook of European Legal History*[9]) dovrebbe andare – programmaticamente – in questa direzione.

Dovrebbe attenuarsi l'ipotesi di un andamento rettilineo ed uniforme di un *droit savant* che dallo *ius commune* medievale si riallaccia, senza fratture, all'umanesimo giuridico, all'*usus modernus pandectarum* ed, infine, alla pandettistica. Una ipotesi (come ha ben dimostrato Thomas Duve[10]) che sorreggeva l'intero progetto – pur straordinariamente meritorio – che Helmut Coing aveva delineato e messo in cantiere, negli anni Sessanta, per la *Europäische Privatrechtsgeschichte*, con la fondazione del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte ed il varo dell'*Handbuch der Quellen*, serrando le fila di un più ampio "movimento europeo" che, da Paul Koschaker a Erich Genzmer, da Franz Wieacker ad Helmut Coing, aveva finalmente dischiuso, anche per la storia giuridica, una prospettiva europea, pur tuttavia ancora segnata da « a strong national imprint ».[11]

L'*Oxford Handbook of European Legal History* dovrebbe invece far emergere le realtà rimaste fuori dalla corrente continentale – i Paesi scandinavi, la Russia, l'Europa dell'est –, che almeno per il periodo corrispondente all'antico regime francese fanno, ancor'oggi, la loro comparsa solo come riflesso di qualche lettera di Voltaire o di qualche corrispondenza dei fisiocrati.

8 Osler (1997) 395–397.

9 In corso di stampa, per Oxford University Press, a cura di H. Pihlajamäki, M. Dubber e M. Godfrey.

10 Duve (2012) 21–27.

11 Duve (2013) 8.

La nuova prospettiva storico-comparativa dovrebbe così attenuare l'ottica centralistica, che svilisce il ruolo delle periferie e ne misura la storia in funzione del centro, secondo una ipotesi interpretativa in cui « the legal historical agenda, or menu, is set by the centre ».[12]

2. Resistenze e cautele

Tutto risolto, dunque? Il punto di domanda del titolo impone cautela, specialmente se dal diritto privato si passa al diritto pubblico.

Intanto, da parte delle storiografie dei paesi egemoni sul piano continentale, c'è una certa resistenza ad abbandonare il *main stream* del percorso nazionale, facendolo confluire in un più generale percorso europeo, nonostante la crescente consapevolezza che lo storico del diritto, anche se opera all'interno di un itinerario nazionale, si colloca esattamente « sur le passage des frontières ».[13]

In certi casi, paradossalmente, lo storico fa fatica a disfarsi degli abiti ottocenteschi, degli abiti savignyani; è più nazionalista del giurista di diritto positivo, ormai educato all'ordine giuridico europeo ed alla trasversalità tipica degli ordinamenti multilivello. Non si tratta solo di veteronazionalismo o di supponenza nei confronti della periferia della storia europea. La complessità del percorso storico delle istituzioni politiche europee è talmente pronunciata che lo storico sente il peso delle individualità irriproducibili e su queste, quindi, tende a concentrare il proprio raggio di indagine.

In secondo luogo, fare *Comparative legal history* è tutt'altro che facile. Richiede conoscenze sterminate. È praticabile solo come impresa collettiva. Ma proprio per questo con il rischio, ricorrente, di letture troppo frammentate, scarsamente unitarie e, quindi, di non agevole leggibilità.[14]

Mentre la sfasatura dei tempi storici o le marcate individualità delle vicende istituzionali dei diversi percorsi nazionali spinge a procedere per quadri staccati, finendo per riprodurre – in chiave diacronica – una comparazione necessariamente descrittiva.

12 Pihlajamäki (2014) 126.

13 Halperin (2014) 197, con le osservazioni di Sordi (2015).

14 Sul rischio che imprese di questo genere, per l'eccessivo numero di autori coinvolti, « merely lead to a cacophony of voices », già le perplessità di Stolleis (2010) 50, favorevole, al contrario, ad una « joint production by a small group of authors who view themselves as a group ».

Basterebbe pensare al rilievo che ha avuto, specialmente in passato, il tema della decadenza nella storia d'Italia, cronologicamente situato tra periodi storici che ancor'oggi definiamo – non per caso – Rinascimento e Risorgimento. È la dimostrazione lampante della difficoltà di una storia europea dello Stato: quella storia cui la vicenda degli antichi Stati italiani è sembrata a lungo non essere in grado di approdare, per il peso delle eredità cittadine medievali, per l'inestinguibile pluralismo, per l'ingombro della dominazione straniera e quindi il ritardo, quasi epocale, nella costruzione di una statualità nazionale. Pesi e ritardi che, una volta raggiunta l'unità nazionale, si traducevano in altrettanti motivi di debolezza ed arretratezza del finalmente costituito Stato italiano.[15]

La stessa *Begriffsgeschichte*, che pure può affidarsi alla grande circolarità delle idee, con l'approdo ai volgari e alle lingue nazionali, e quindi con la conseguente rottura dell'universalismo giuridico assicurato dall'uso del latino (secondo tempi ed approdi che peraltro non collimano, anche se ci limitiamo al solo confronto tra Francia, Germania, Italia), sconta specificità e cronologie che si modellano su tempi di affermazione e modi di espressione, tipici della lingua giuridica nazionale di riferimento.[16]

Specialmente per il lungo antico regime, vuoi sul piano istituzionale, più strettamente connesso alle individualità delle diverse storie politiche, vuoi sul piano della storia concettuale, i tempi, dunque, difficilmente si sincronizzano; i sentieri raramente convergono.

Tradizione, rivoluzione, riforma:[17] i tre termini con i quali si dà normalmente conto dei percorsi di approdo alla modernità, affatto diversi per tempi e scansioni, in Inghilterra, Francia e Germania, sono, del resto, lì a dimostrarlo. Soltanto quando la *Sattelzeit*, lungo la quale si distende la frattura sette-ottocentesca, si è definitivamente chiusa, i sentieri – almeno sul continente – tornano a convergere e si avvia la *Belle époque* dello Stato di diritto e del diritto amministrativo.[18]

Non è dunque un caso che il piano politico-istituzionale del diritto pubblico sia stato avvertito, sin dai primi esperimenti di comparazione di Raymond Saleilles ed Edouard Lambert, come terreno più impervio rispetto al

15 Sordi (2016) 45–54.
16 Beaud (2009) 1 ss.
17 Schiera (2013) 51 ss.
18 Jouanjan (2011), Sordi (2014) e Sordi (2017).

tessuto dei rapporti giuridici di diritto comune:[19] un terreno in cui era certo possibile « la comparaison des constitutions étrangères », il confronto, per forme astratte, dei testi legislativi, ma che assai meno si prestava al progetto di un « droit commun de l'humanité civilisée »,[20] che la pressoché contemporanea entrata in vigore del BGB e del Codice svizzero, con il centenario del *Code civil*, sembravano aver reso possibile.

3. Difficoltà e opportunità di un *case study*

Mi soffermo in chiusura, per cercare di contestualizzare in modo più ravvicinato, grazie ad un concreto tavolo di lavoro, le difficoltà e le opportunità offerte da una *Comparative Legal History* a base europea, sull'esempio di una ricerca che proprio in questi giorni mi sta affaticando.

Public law before public law: un capitoletto, appunto, di quell'*Oxford Handbook of European Legal History* che prima ricordavo. In sostanza, quando e in che modo i giuristi europei iniziano a pensare la relazione di potere in un ambito disciplinare proprio e peculiare, distinto da quello dello *ius civile*.

Il quadro che si parava davanti, grazie alle ricerche di tanti colleghi, primo fra tutti Michael Stolleis,[21] era straordinariamente variegato.

In sintesi estrema: la ripresa, con nuovi innesti semantici, della antica distinzione di Ulpiano, tra diritto pubblico e diritto privato, operata all'inizio dell'età moderna dai giuristi dell'umanesimo giuridico. E, quindi, l'avvio di almeno quattro, grandi, distinti, itinerari di sviluppo, diversi per contenuti, tappe, cronologie, protagonisti: un *percorso francese* scandito – tra Le Caron, Bodin, Loyseau, Domat –, da una precoce declinazione del diritto pubblico, in un campo giuridico ben perimetrato dalla sovranità della *République* e reso tangibile dalla complessa intelaiatura magistratuale (*offices et commissions*), propria dello Stato di giustizia; un *percorso tedesco*, al contrario, per lungo tempo, anche dopo Westfalia, che declina il diritto pubblico non come proiezione dello Stato territoriale, ma come *ius publicum imperii romano-germanici* e che approda lentamente alla statualità, grazie all'enorme lavoro della *Policeywissenschaft*, in cui il diritto è solo una delle tante scienze

19 Boughey (2013) 55 ss.
20 Saleilles (1900; 1911) nella contestualizzazione di Sabbioneti (2010) 265–75.
21 Stolleis (2008) e Stolleis (2014).

dello Stato; un *percorso italiano* in cui, tutt'al contrario, diritto pubblico e costituzione iniziano a materializzarsi soltanto nel secondo Settecento, in stretta prossimità alla frattura rivoluzionaria, quasi azzerando la possibilità di un diritto pubblico di antico regime, a favore di un incontro improvviso con le costituzioni rivoluzionarie; un *percorso inglese*, infine, nel quale la distinzione di Ulpiano non circola; ma nel quale, anche per questo, i progressi della costituzione sono vistosi ed il campo dei diritti può trovare, già nei *Commentaries* di Blackstone del 1765-69, in una deliberata indistinzione tra pubblico e privato, una solidissima raffigurazione a base individualistica.

Come si può intuire, anche da questi brevi cenni, si è palesato un quadro, che nonostante programmaticamente avesse scelto di limitarsi a raffigurare una ristretta dimensione geografica del panorama europeo, e non intendesse, consapevole di non possedere gli adeguati strumenti d'indagine, raggiungere anche la periferia o tanto meno introdurre una prospettiva globale, ha immediatamente rivelato i problemi, di sincronia e convergenza dei tempi e dei percorsi, cui sopra si accennava.

Come si può fare, in questo caso, *Comparative legal history*? A mio avviso, dando conto della diversità dei tracciati, dei tempi, degli approdi. Ma è chiaro che questo è possibile solo spezzando il racconto, lavorando per quadri staccati e, soprattutto, con un alto tasso di semplificazione, certo arbitrario, ma pure indispensabile alla enucleazione di un *thema comparandum*.

Difficoltà[22] che spiegano perché una storia europea del diritto pubblico sia ancora allo stato di progetto; sia ancora da scrivere. Nonostante, « we definitely can say that the times of national constitutional histories are over ».[23] Nonostante, non si sia all'anno zero; si possa, con una certa soddisfazione, osservare i risultati di una storia costituzionale, da sempre « storia di ordinamenti », più che di Stati,[24] ed i primi tentativi di spostare su di un osservatorio a scala europea i grandi temi della storia amministrativa.[25]

Non c'è dubbio, tuttavia, che nell'ambito di una storia europea del diritto pubblico, i metodi vadano ancora affinati; le letture incrociate, perfezionate e sincronizzate. Con tutte le difficoltà dettate dalle cronologie, dal diverso

22 Bell (2008) 1259 ss.
23 Stolleis (2010) 53.
24 Fioravanti (2010) 32.
25 Mannori, Sordi (2001).

peso delle fratture politiche, dalla questione dei confini, resa sempre complessa non solo dal corto circuito ricorrente tra dimensione geografica e dimensione politico-culturale dello spazio e della idea di Europa, ma anche da quel pesante « fardello della civilizzazione » che, tramite la colonizzazione e il diritto coloniale, scandiva i rapporti tra « l'Europa e gli "Altri" », aprendo nuove direttrici geografiche, ma soprattutto un complesso, contraddittorio, « sistema delle differenze » tra civiltà/inciviltà, metropoli/colonia.[26]

La convergenza di storici e di scienziati sociali di diverse nazionalità, di diverse competenze disciplinari, è quindi indispensabile; il lavoro da fare è immenso, anche se volessimo limitarci, in prima battuta, al solo nucleo continentale ed atlantico, senza considerare i tanti rivoli periferici.

Eppure, anche con questi magri risultati, con un racconto che perde la sua trama unitaria e che si carica di un peso, sovrabbondante, di semplificazioni di una complessità irriducibile, l'allargamento dell'orbita è – a mio avviso – indispensabile.

Lo sguardo storico-comparativo diventa esso stesso strumento di più profonda comprensione dei percorsi nazionali; può misurare, in modo preciso, le originalità non confondibili ed i diversi innesti di lingua e diritto. Può, in ultima analisi, attivare positivamente « la tensione dialettica tra particolare e universale, tra frammentazioni statuali e respiro transnazionale »,[27] cui ci spingono, non solo le intersezioni e le circolazioni del passato ed il continuo oltrepassar le frontiere, tipico del diritto, ma anche le grandi domande del presente.

Soprattutto, quello sguardo insieme lungo e largo introduce complessità; traccia la trama di percorsi oggettivamente rilevanti; supera l'erudizione dei localismi, consentendo di meglio scoprire le tante, diverse, radici del nostro *idem sentire*.

26 Costa (2005) 169 ss.
27 Grossi (2007) 5.

Bibliografia

BEAUD, OLIVIER (2009), L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat, in: Jus politicum, 3, 1–29

BELL, JOHN S. (2008), Comparative Administrative Law, in: REIMANN, MATHIAS, REINHARD ZIMMERMANN (a cura di) (2008), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 1259–1274

BOUGHEY, JANINA (2013), Administrative Law: the next frontier of Comparative Law, in: International and Comparative Law Quarterly, 62, 55–95, https://doi.org/10.1017/S0020589312000553

COSTA, PIETRO (2005), Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolionalistica italiana, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 33/34, L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, 169–257

DUVE, THOMAS (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 20, 18–71, https://doi.org/10.12946/rg20/018-071

DUVE, THOMAS (2013), European Legal History – Global Perspectives, Max Planck Institute for European Legal History, Research paper series No. 2013–06, Frankfurt am Main

FIORAVANTI, MAURIZIO (2010), Sulla storia costituzionale, in: Giornale di storia costituzionale, 19, 29–32

GROSSI, PAOLO (2007), L'Europa del diritto, Roma–Bari

HALPERIN, JEAN-LOUIS (2010), Le droit et ses histoires, in: Droit et société, 2, 295–314

HALPERIN, JEAN-LOUIS (2014), Histoire comparée du droit, in: KRYNEN, JACQUES, BERNARD D'ALTEROCHE (a cura di), L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires, Paris, 183–201

JOUANJAN, OLIVIER (2011), Die Belle époque des Verwaltungsrechts: zur Entstehung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa (1880–1920), in: VON BOGDANDY, ARMIN (a cura di), Handbuch des Ius publicum europaeum, vol. 4, Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, Heidelberg, 425–460

LANCHESTER, FULCO (2012), Costantino Mortati, in: CAPPELLINI, PAOLO, PIETRO COSTA, MAURIZIO FIORAVANTI, BERNARDO SORDI (a cura di), Enciclopedia italiana, Ottava appendice, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto, Roma

MANNORI, LUCA, BERNARDO SORDI (2001), Storia del diritto amministrativo, Roma–Bari

MORTATI, COSTANTINO (1973), Le forme di governo. Lezioni, Padova

OSLER, DOUGLAS J. (1997), The Myth of European Legal History, in: Rechtshistorisches Journal, 16, 393–410

PIHLAJAMÄKI, HEIKKI (2014), Comparative contexts in Legal History: are we all comparatists now?, in: ADAMS, MAURICE, DIRK HEIRBAUT (a cura di), The method

and culture of comparative law. Essays in honour of Mark van Hoecke, Oxford–Portland, 121–132
Sabbioneti, Marco (2010), Democrazia sociale e diritto privato. La Terza repubblica di Raymond Saleilles (1855–1912), Milano
Schiera, Pierangelo (2013), La comune storia europea del diritto amministrativo e della sua scienza, in: Cassese, Sabino, Pierangelo Schiera, Armin von Bogdandy, Lo Stato e il suo diritto, Bologna, 51–95
Sordi, Bernardo (2013), (a cura di) Storia e diritto. Esperienze a confronto, Milano
Sordi, Bernardo (2014), Sur la valeur normative de la doctrine juridique dans le système administratif, in: Droits, 60, 169–189, https://doi.org/10.3917/droit.060.0169
Sordi, Bernardo (2015), La storia del diritto in Francia, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 44, 1050–54
Sordi, Bernardo (2016), Le origini storiche della debolezza dello Stato italiano, in Torchia, Luisa (a cura di), Attraversare i confini del diritto, Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese, Bologna, 45–54
Sordi, Bernardo (2017), *Rechtsstaat* and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence and Development of Administrative Law, in: Rose-Ackerman, Susan, Peter Lindseth, Blake Emerson (a cura di), Comparative Administrative Law, Second Edition, Cheltenham (UK)-Northampton (MA), 23–37
Stolleis, Michael (2008), Storia del diritto pubblico in Germania, vol. I, Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600–1800, Milano
Stolleis, Michael (2010), Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history, in: Giornale di storia costituzionale, 19, 45–55
Stolleis, Michael (2014), Storia del diritto pubblico in Germania, vol. 2, Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800–1914, Milano

Emanuele Stolfi

Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi

1. Un frutto dei tempi

Alla frammentaria dilatazione del giuridico, ormai proiettato anche su spazi del vissuto umano che sembravano essergli preclusi,[1] si sono accompagnate (se proprio non ne sono state indotte) spinte centrifughe e disgreganti, tali da minarne la stessa identità. Saldezze che venivano da lontano sono ora poste in discussione, talora coi toni di un aperto nichilismo.[2] La parcellizzazione della ricerca, nel segno di uno specialismo talora indispensabile ma non di rado miope e angusto, rischia di rendere anacronistico ogni appello all'unità della scienza giuridica.

Tra le speculazioni teoriche e la prassi la distanza si amplifica, incolmabile e inquietante (su entrambi i fronti). E gli steccati disciplinari si ispessiscono, alimentati da incomprensioni, talora pretestuose. Chino su un magmatico presente normativo, il cultore del diritto vigente arrischia profezie sul futuro, si volge talora all'altro da sé, ma sempre più spesso nello spazio (ormai compresso) del mondo anziché nel tempo (sempre più remoto e insignificante) della storia. Anche in questo è il riflesso nitido dei tempi, entro un oggi che sembra consegnarsi a un unico « regime di storicità », monopolizzato dal « presentismo del presente ».[3] A poco vale sapere da dove vengo, se questo non aiuta a comprendere chi sono (sempre ammesso che mi interessi saperlo). A che giova la ricostruzione di un itinerario intessuto di continuità e di cesure, se da esso posso trarre solo elementi inutili o addirittura disturbanti (le consolatorie identità dell'altro ieri o, peggio, le sconnes-

1 Sull'odierna « law-satured society », per tutti, Rodotà (2009) 9 ss.

2 Inevitabile il riferimento a Irti (2004), ma anche a Irti (2007).

3 Hartog (2007) spec. 13 ss., 52 ss. Incisivo, sul piano storico-giuridico, anche Caroni (2009) 76. Cfr. inoltre Stolfi (2010a) 51 ss. ove altra bibliografia.

sioni riportate alla luce da scavi genealogici)?[4] A che scopo affaticarsi, "perdersi" nel passato, se ciò che davvero mi riguarda è solo la stretta vigenza; se è ormai smarrita la consapevolezza che niente è indispensabile come ciò che appare inutile, in quanto non immediatamente spendibile?[5]

Declinante, o già infranto, è lo stesso paradigma della tradizione: l'idea del diritto come un divenire di cui non sia rilevante solo l'ultimo, o il penultimo, approdo. Gli storici (come pure i teorici) del diritto si sentono assediati, tentano incerti sondaggi su vie nuove o si arroccano su battaglie di retroguardia; inseguono i giuristi "positivi", schiacciandosi sul contemporaneo o riesumando trite e attualizzanti apologie dell'antico. Guardano con insistenza, ora diffidente ora ammiccante, alla comparazione giuridica: loro ultima thule, o salvagente, del quale però non si rassegnano a fidarsi.

Eppure nessuna contrapposizione è sorretta da consistenti ragioni, né resiste a un vaglio critico. Non quella che separa, come discipline altre e incomunicanti, studio dell'esperienza giuridica odierna e di quelle trascorse, giacché, proprio in quanto esperienza,[6] essa è vita, movimento, storia: è un prodotto dei tempi che, nel tradursi in tessuto normativo (nel farsi, platonicamente, *nómos*),[7] aspira a bloccare il *chrónos*, previa l'immutata ripetizione di sé, poi però sempre smentita nell'effettiva vigenza, traverso le dinamiche – di interpretazione, applicazione, evoluzione – che innesca e l'avvolgono, riconsegnandola alla diacronia. Ogni giurista è uno storico, consapevole o meno, dal momento che il diritto « non *ha* una storia », semplicemente « perché è storia ».[8]

Nè ha maggior fondamento giustapporre storiografia e comparazione giuridica, assumendole quali pratiche affatto diverse e anzi antagoniste: vie necessariamente alternative, da percorrere senza intersezioni, per chi voglia

4 Presuppongo Stolfi (2010a) 13 ss. Cfr. anche *infra*, § 2.

5 Condivisibile Costa (2007) 23 ss.

6 Nell'accezione capograssiana, così feconda per lo storico (di ogni stagione) del diritto: Stolfi (2006a) 17 s., 197 ove bibliografia. Sul suo impiego nel lavoro dei comparatisti, per tutti, Somma (2014) vi ss., 30 ss.

7 Un motivo apertamente enunciato nel *Minosse*, e opportunamente richiamato da Schiavone (2005) 35 s.

8 Caroni (2009) 123. In senso analogo già Orestano (1987) 332 ss. (con radicali perplessità circa la tralatizia distinzione fra « conoscenza scientifica » e « conoscenza *storica* » del diritto) e Orestano (1989) 235 ss.

guardare a « noi e gli altri ».[9] Rivendicarne un peculiare e distinto statuto epistemologico – una gamma non integralmente sovrapponibile di tecniche e obiettivi – risponde a esigenze incontestabili (se non da chi voglia strumentalizzare il discorso, per legittimare volgari campanilismi disciplinari). Ma guardarsi dalle assimilazioni più sbrigative non può condurre all'eccesso opposto, negando convergenze e analogie – quali, del resto, sono state ben illustrate, nel vivo dell'indagine, da vari protagonisti della ricerca comparata (si pensi, in Italia, al magistero di Gorla).[10]

Davvero dinanzi a noi è « un binomio antico », che tuttavia ci interpella con quesiti nuovi, esigendo di essere rimodulato e approfondito, sottratto a banalizzazioni e logiche settarie. Ne tenterò un sondaggio con riguardo a uno specifico segmento della tradizione giuridica occidentale: le vicende del Mediterraneo antico, e in particolare di due di quelle tre anime (la romana e la greca) che possiamo ritenere[11] abbiano più inciso sui caratteri della sua civiltà, imprimendovi un profilo di « lunga durata », sino alle soglie del presente.

2. Di alcuni rischi ricorrenti (e di alcuni possibili itinerari)

Credo che quasi tutti possano riconoscersi nell'idea che ogni esercizio di storiografia (anche) giuridica implica sempre una serie di raffronti, tesi a cogliere e valorizzare i tratti distintivi della realtà indagata, e (ancor prima) a formulare domande corrette e feconde da rivolgere alle fonti. Non occorre riesumare Croce – con la sua convinzione che « ogni vera storia è storia contemporanea »[12] – né addentrarsi nel dibattito gnoseologico ed ermeneutico (con le sue « circolarità » e il ruolo nevralgico dell'interprete) per comprendere che volgersi al passato quasi mai si risolve nella pedissequa regi-

9 Per dirla con Todorov (1991).

10 Persuaso, rovesciando la formula di Maitland, che « comparison involves history »: Gorla (1981) spec. 8, 41 ss., 72 ss., 877 ss. Sul suo peculiare « storicismo » Sacco (1994) spec. 60. In direzioni non troppo difformi, fra gli altri, Sacco (1992) spec. 50 s. ove altra bibliografia e Zweigert, Kötz (1998) 10. Su « comparazione e prospettiva dinamica » anche Somma (2014) 120 ss.

11 Con Braudel (1994) 101 ss. Cfr. anche Braudel (1999) 221 ss.

12 Dal momento che « solo un interesse della vita presente ci può muovere a indagare un fatto passato; il quale, dunque, in quanto si unifica con un interesse della vita presente, non risponde a un interesse passato, ma presente »: Croce (1927) 4.

strazione di « cosa veramente accadde » (per esprimersi con la fortunata ingenuità di Ranke), ma comporta un'intelligenza dei fatti e una loro rilettura, orientata non solo dall'individuazione delle specificità del contesto indagato rispetto a quelli più prossimi nel tempo o nei luoghi, ma anche dalla mutevole percezione del divario che corre fra soggetto e oggetto della ricostruzione. Il che presuppone comunque la comparazione, ora esplicita ora latente, da cui si è guidati già nella scelta di affrontare determinati aspetti piuttosto che altri.

Lo studio dei diritti antichi non fa eccezione, sebbene due elementi concorrano a segnare, nel suo contesto, alcune caratteristiche. Da un lato, il ruolo privilegiato che, per molteplici ragioni – oggettive, ma anche riconducibili alle sue rivisitazioni posteriori[13] –, vi ha svolto il diritto di una sola comunità politica (Roma), pur assurta col tempo a un dominio coincidente con l'intero Mediterraneo. Dall'altro, il particolare statuto della distanza che si pone fra quel diritto e noi: una distanza enorme, se calcolata sulla scorta dei quasi due millenni che intercorrono rispetto alla società che storicamente l'ha prodotto; assai più esigua, se teniamo conto della lunga vigenza che nell'Europa continentale hanno conosciuto i materiali normativi da essa provenienti, pur veicolati nella forma testuale, per molti versi deformante,[14] del *Corpus iuris*.

In ogni caso, le maggiori difficoltà insorgono appena abbandoniamo questa generica, e condivisa, premessa per seguirne le concrete esplicazioni. Si apre qui un ventaglio di interrogativi, questioni di metodo e percorsi praticabili. In prima approssimazione direi che, se la comparazione non può mancare, essa si presta però anche ad applicazioni deboli, se non proprio a distorsioni. In effetti, ove essa non emerge apertamente, ciò di regola accade per due ragioni. O perché non è enunciata, e però sussiste come un presupposto inconfessato e ancor più condizionante, taciuto proprio in quanto si aspira a presentare come neutre, quasi imposte dalle fonti, ricostruzioni largamente determinate, in realtà, dall'ideologia e dai contesti dell'interprete – indotto al confronto solo per comprimere le differenze e ritrovare ovunque i panorami a sé familiari, votandosi a letture fortemente continuiste (l'elenco sarebbe lungo: da certe vecchie teorie del negozio giuridico

13 Stolfi (2010a) 51 ss. Si veda anche *infra*, § 3.

14 Schiavone (2005) 8 ss.

o dei diritti soggettivi, passando dall'esaltazione del presunto carattere monolitico della proprietà dei romani,[15] sino all'attenzione rivolta più di recente a pretesi diritti umani dell'antichità, assetti sovranazionali, disciplina giuridica dell'impresa o dell'ambiente). Oppure perché realmente, e in buona fede, l'indagine è condotta in una pura dimensione antiquaria, senza alcuna sollecitazione suggerita dal proprio tempo, che quasi si ritrae quale termine di raffronto: un'appartata vicenda di morti che finisce col risucchiare anche il suo interprete, non rivitalizzata né rischiarata da alcuno sguardo davvero proveniente da un altrove, ma solo riflessa in se stessa.

E tuttavia, se è pressoché inevitabile, e anzi proficuo – purché apertamente riconosciuto, e tematizzato –, che tale confronto sussista, occorre praticarlo in modo sorvegliato e prudente, guardandosi da attualizzazioni, sovrapposizioni, impieghi disinvolti (soprattutto in chiave retrospettiva) di categorie estranee al contesto studiato, del cui uso si predichi la liceità in nome di una presunta esigenza logica cui esse risponderebbero, o risolvendo il problema in una mera questione di parole (come se queste potessero mai essere innocue, veicoli inerti di significati riscontrabili anche laddove il « nome » mai fu coniato).[16]

Come il pericolo degli anacronismi incombe su tutti gli storici,[17] ogni comparazione – sia nel tempo che nello spazio[18] – esige il rispetto dell'altro; deve esaltarne, anche per contrasto, l'identità: non eliderla o comprometterla tramite indebite proiezioni, o anche solo in virtù dell'enfasi posta sui soli tratti di vicinanza, le analogie morfologiche o i nessi di più diretta derivazione. Per sua natura, il confronto non può risolversi nell'assimilazione, così

15 Maggiori ragguagli in Stolfi (2010a) 65 ss., 158 ss. e in Schiavone, Stolfi (2010) 70 ss.

16 L'allusione è a un'immagine ricorrente in Betti, secondo cui la ricerca della « cosa » sarebbe legittima (e feconda) anche in un contesto storico ove, per designare quel dato oggettivo, fosse stato assente il « nome »: Betti (1991) 397 ss. Sul punto, per tutti, Schiavone (1980) 111 ss.

17 Salva la fecondità di certe letture trans- (o infra-)storiche – dedicate a ris(p)orgenze repentine dell'arcaico entro una dinamica eccedente ogni logica temporale, trame di senso svelate da determinati « dispositivi » o « paradigmi » (nell'accezione, rispettivamente, foucaultiana o agambeniana) – che ho anch'io cercato di proporre: Stolfi (2010a) 93 ss. e 139 ss. (ove appunto parlavo di un « anacronismo sorvegliato »).

18 Incontestabile Gorla (1981) 52: « il pericolo o tentazione più grave per il comparatista è quello di trasferire i concetti e i modi del suo diritto ... nel diritto straniero per inquadrarvelo o intenderlo ».

come dovrebbe escludere i sommari giudizi di superiorità (tra diverse epoche o realtà sincroniche, ma anche dell'oggi rispetto al passato, o di quanto è a noi più vicino rispetto a ciò che ne è maggiormente distante: proprio quanto accade nelle interpretazioni volte a tracciare univoche linee evolutive). Dovrebbe, insomma, soddisfare anche nel campo del diritto quell'interesse, sincero e imparziale, per « mille contrarie maniere di vita » di cui parlava Montaigne.[19]

A livello di enunciazioni programmatiche, tutto questo può suonare scontato, giacché è divenuto pressoché un *tópos* celebrare l'« Historisierung » del diritto romano dopo molti secoli di « Aktualisierung », la qualifica di « pandettista » viene ormai percepita quasi come un insulto[20] e ben pochi sono così "politicamente scorretti" da stilare graduatorie, e assumere apertamente la piena maturità degli ordinamenti odierni quale parametro per valutare i "selvaggi" del passato. Ma questo non è affatto sufficiente a esorcizzare i rischi richiamati. Al contrario, la reale prassi storiografica (per non dire di quella didattica) finisce più volte per assecondarli, smentendo le buone premesse.

Segnare le distanze tra vicende antiche e moderne – le radicali alterità, o più spesso le discontinuità congiunte a persistenze di lungo periodo, e i sensibili slittamenti semantici occultati dalla plurisecolare riproposizione del medesimo lessico – viene così inteso quasi come un appello alla smobilitazione. La formazione dei giovani e i tentativi di dialogo coi giuristi "puri" sono consegnati alla stanca riproposizione di un diritto (soprattutto privato) romano che è esistito unicamente nei trattati di *Pandette* e nei manuali di *Istituzioni*. Ne emergono rappresentazioni che non rinunciano alla retorica dell'immediata discendenza e della stringente continuità (se non proprio di una tendenziale perennità di categorie e principî); si affidano alla rassicurante linearità del sistema, scandito da istituti che vivono come di vita propria, e di una dogmatica rigorosa, che poco concede al « non-giuridico »; si aggrumano attorno al soggetto e al suo corredo di diritti sul piano sostan-

19 In merito al quale si veda – in chiave antropologica, ma di estremo interesse per ogni storico del mondo antico – Bettini (2000) 242 ss. Cfr. anche Todorov (1991) 40 ss., spec. 46 s.

20 Salvo poi procedere – almeno in sede didattica – quasi sempre secondo scansioni e categorie di visibile ascendenza pandettistica (spesso con labili appigli nelle fonti): Stolfi (2014a) 2 s.

ziale, ripercorsi assecondando sequenze tematiche ormai tralatizie; postulano una sovrastorica unitarietà di regime (non di rado ancora esaltato tramite il ricorso a una nozione discutibile e fuorviante come poche: quella di « classico »).[21] È il nostro modo di pensare il diritto che si riversa sul proprio passato, omologandolo a sé. Si dà voce agli antichi, ma solo nostre sono le parole che si fanno loro pronunziare.

La comparazione può così condurre a selezionare i campi d'interesse (inducendo a optare per quelli più congeniali alla sensibilità odierna) o viene indirizzata a rinvenire tratti omogenei – nelle esigenze e nei metodi se non addirittura nelle soluzioni normative – fra noi e i nostri progenitori. Le è invece inibito di svolgere la sua naturale e ancor più essenziale funzione: quella di far affiorare (anche) le alterità e gli scarti, i tratti di differenza nella somiglianza e di somiglianza nella differenza, la composita dinamica delle interazioni. Non è mai spinta al punto di guadagnare un angolo visuale esterno, la cui eccedenza rispetto alla nostra recente identità sia in grado di svelare come anche quest'ultima sia l'esito di un processo tutt'altro che naturale e oggettivo, ma semmai di atti di volontà, « invenzioni »[22] realizzate secondo un gioco più o meno consapevole di memoria e di oblio – autentiche, costitutive intermittenze della memoria.[23]

Proprio in questa prospettiva ho più volte suggerito di non limitarsi a considerare superata ogni pretesa (più o meno rivisitata) di attualizzazione, ma di sforzarsi di recuperare, dalle testimonianze degli antichi, quanto possa pienamente restituirne proprio l'« inattualità »,[24] ossia quelle chiavi di diagnosi critica del nostro tempo raggiungibili solo da chi si situi fuori di esso e delle direttive – fondamenti istituzionali e assetti normativi, concezioni teoriche e protocolli della prassi – che vi dominano, quasi nella veste di ontologiche necessità. Questo solo, nella recuperata coscienza della distanza, può consentire, anche nel campo del diritto, quel pensiero « sagittale » illustrato da alcuni filosofi, operante come « une flèche lancée par la réflexion

21 Su cui basti il rinvio a Orestano (1987) 535 s., 546 ss., Bretone (1999) 179 ss., spec. 188 ss. e Brutti (2014) spec. 235 ss. In prospettiva più ampia, Canfora (2013) 42 ss.

22 Come quella che è quasi sempre alla base della « tradizione »: Hobsbawn, Ranger (1987).

23 Presuppongo Stolfi (2010a) 51 ss. ove bibliografia. Cfr. anche Somma (2014) 28 ss.

24 Nel senso perspicuo dell'« unzeitgemäß » nietszcheano, cui non trovo forzato accostare, mutato quel che è da mutare, la « grecità inattuale » di Hannah Arendt e l'« estetica dell'esistenza » (soprattutto) dell'ultimo Foucault: Stolfi (2010a) 75 ss.

généalogique au coeur du présent, afin de le rendre problématique et de pouvoir interpréter ses signes moins voyants ».[25]

Detto altrimenti, e attingendo a una metafora di diversa provenienza, una comparazione ripiegata esclusivamente su omologie e continuità finisce – contro le stesse intenzioni di chi la pratica – col ridurre i diritti antichi a una scimmia, la cui dissezione nulla potrà dirci di interessante circa l'anatomia dell'uomo.[26] Il diritto romano (soprattutto privato) si risolverà in un imperfetto e sbiadito preludio di quello costruito più tardi (proprio sulle sue fondamenta) e finalmente oggi vigente: con lacune e incompiutezze, tratti disorganici o dottrine ancora embrionali, che l'interprete si sentirà autorizzato a emendare proiettandovi le categorie del presente – fossero anche le più estranee all'effettiva realtà antica: dall'impianto sistematico e deduttivo sino alle nozioni di Stato e di sovranità, soggetto di diritto e negozio giuridico, autonomia contrattuale e diritto soggettivo.

Non è però sufficiente revocare in dubbio il ricorso alla dogmatica moderna[27] per leggere più risalenti stagioni giuridiche, o sottrarsi alle sirene dell'« Aktualisierung » – tornata parzialmente in auge tramite altre sbrigative comparazioni, finalizzate all'allestimento di un comune diritto privato europeo – per restituire a quelle lontane esperienze la forza critica e straniante dell'« inattuale ». Non è infatti necessariamente tale, se non nell'accezione più debole, ciò che, ormai concluso, non sia trasposto nell'oggi e stimato ancora utilizzabile in chiave normativa.

Al riconoscimento che il diritto romano appartenga a un mondo remoto, quale una vicenda integralmente trascorsa,[28] deve accompagnarsi un impegno volto a combinare comparazione morfologica e analisi genealogica – ma intesa, quest'ultima, nell'accezione più impegnativa e a suo modo perturbante,[29] tale da farci « scoprire che alla radice di quel che conosciamo e di

25 Bodei (1986) 916 s. Cfr. anche Esposito (2008) 33.

26 Un'immagine famosa, che Marx suggeriva a proposito del rapporto fra economia degli antichi e dei moderni: vi ha insistito soprattutto Carandini (1979).

27 Sia pure non nella sua integrità, ma a seguito di complesse operazioni di vaglio e rimontaggio, come – a proposito di Betti – ha dimostrato Costa (1978) 322 ss.

28 Da consegnare a una pratica esclusivamente storiografica: in altre parole – come era già nella consapevolezza di Vittorio Scialoja, nel 1881 – un « diritto morto ».

29 Nel senso, se vogliamo, dell'« Unheimliches » freudiano, acutamente rivisitato da Curi (2010) 28 ss.

quel che siamo non c'è la verità e l'essere, ma l'esteriorità dell'accidente », giacché la storia, se « genealogicamente diretta, non ha per fine di ritrovare le radici della nostra identità, ma d'accanirsi al contrario a dissiparla; non si mette a cercare il luogo unico da dove veniamo », ma piuttosto « si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano ».[30]

Non solo ne verrà interdetta ogni interpretazione unilineare – in forza della quale la tradizione si porge ai nostri occhi quale una compatta e oggettiva stratigrafia, che quasi non conosca biforcazioni o fasi regressive, compresenza di alternative o soluzioni di continuità –, per non parlare dei tentativi che aspirerebbero a istituire confronti (e nessi genetici) immediati fra patrimonio giuridico antico e ordinamenti odierni (sul presupposto, evidentemente, di allarmanti commistioni fra « diritto romano dei romani » e quanto sia da ascrivere alle sue rivisitazioni, entro i laboratori medievali e moderni).[31] Ma quell'impegno genealogico dovrà anche condurci a individuare e approfondire, dell'esperienza giuridica romana, proprio i profili che più a lungo ne segnarono la struttura e (si sarebbe detto un tempo) lo « spirito », ma risolvendosi in altrettanti tratti distintivi rispetto alla nostra contemporaneità. Profili meritevoli, proprio per questo, di un'assidua rimeditazione, libera dai condizionamenti degli approcci attualizzanti (a cominciare da quello giustinianeo),[32] tanto più ora che vanno declinando tante moderne « mitologie giuridiche »[33] – dal primato della legge statuale alle istanze sistematiche, dal rigore di certa dogmatica ai ferrei dettami della gerarchia delle fonti, sino alla centralità del « soggetto unico universale » e dei suoi diritti sul piano sostanziale.

Basti pensare, per un lunghissimo tratto della storia del *ius*, all'impianto casistico e all'incedere topico, così difficili da calare entro le strutture sistematiche e deduttive in cui siamo abituati a muoverci, e nei quali anche il faticoso raggiungimento di una linea normativa di più ampio respiro (un principio, una *regula*, una vasta direttiva ermeneutica) era subito seguito

30 In questi termini Foucault (1977) 43 e 51. Cfr., riguardo alla storiografia sui diritti antichi, Schiavone (2005) ix ss. e Stolfi (2010a) 14 ss.

31 Ancora importante Orestano (1987) 456 ss.

32 Come rileva Schiavone (2005) 11 s., spec. 19. In particolare, circa la *permutatio legum* cui dichiaratamente aspirava Giustiniano, con decisive ripercussioni sulla visione del diritto propria di tutta la tradizione occidentale, Gallo (2010) 1 ss. e Gallo (2011) 527 ss.

33 Nel senso, soprattutto, di Grossi (2001) e Grossi (2007) spec. 5 ss., pur con le riserve prospettate in Stolfi (2010a) 22 ss. ove altra bibliografia.

dalla verifica della sua tenuta in riferimento a ulteriori concrete circostanze;[34] ai decisivi tratti di giurisprudenzialità (ovviamente in senso romanistico) e controversialità,[35] assai lontani dal moderno positivismo giuridico e da ogni idea di predominio della legge (se non addirittura del codice) nella produzione del diritto; all'articolazione per piani normativi, irriducibile – soprattutto per la polarità fra *ius civile* e *ius honorarium* – a una compresenza di distinti ordinamenti;[36] alla predilezione per un ragionamento centrato sulle forme di tutela processuale (« Aktionenrechtliches Denken »), tale per cui soprattutto la disciplina dei rapporti privati si presenta quale ininterrotta tessitura di una rete di azioni oltre che di casi.

Ma pensiamo ancora – per rimanere sul piano delle prospettive di fondo – alla concezione dell'intero diritto nei termini di un'*ars boni et aequi*, ove la preoccupazione di assicurare un trattamento congruo e proporzionale dei diversi interessi coinvolti era destinato a comprimere anche il rilievo attribuito al valore (o presunto tale) della certezza del diritto. Un *ius*, dunque, colto nella sua dimensione dinamica (di quotidiano impegno, per secoli principalmente demandato a giuristi e magistrati muniti di *iurisdictio*)[37] anziché statico-normativa, e nella cui applicazione a ogni disegno sillogistico era anteposta un'empirica aderenza alle effettive esigenze umane.[38] Ne scaturivano ulteriori implicazioni, così lontane dalle visuali dominanti oggi (e nel recente passato): dalla diversa semantica da assegnare – rispetto ai vocaboli che vi corrispondono nelle lingue moderne – a nozioni come quella di *iurisdictio*[39] e di *interpretatio*,[40] al delinearsi della norma anche ove sprovvista

34 Stolfi (2014a) spec. 52 ss., 63 ss.

35 Su cui, di recente, Bretone (2008) 757 ss. e Marotta, Stolfi (2012).

36 Secondo una rilettura volta a neutralizzare certe « anomalie » antiche, che avrebbero posto in discussione, mostrandone esplicazioni di tutt'altra portata, concetti fondamentali della nostra contemporaneità: dall'idea di norma giuridica a quelle di giurisdizione e di diritto soggettivo. Ma decisivi, nella direzione indicata, risultano gli argomenti di Gallo (1997) 53 ss.

37 Dal che la vera grandezza, riconosciuta a entrambi, laddove essi erano « inconseguenti », secondo il penetrante giudizio (a suo modo « inattuale ») che Hegel formulava nelle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, su cui, per tutti, Schiavone (1984) 75 ss. e Cappellini (1985) 152.

38 Tengo conto, nella sterminata bibliografia accumulatasi in proposito (sulla scorta dell'enunciazione ulpianea conservata in D.1.1.1.pr.), soprattutto di Gallo (2010) spec. 26 ss. Altra bibliografia in Stolfi (2014a) 21 s. nt. 54.

39 Nel senso che ho cercato di chiarire in Stolfi (2010b) 84 ss.

40 Sul punto, da ultimo, Stolfi (2016a) spec. 162 ss. ove bibliografia.

di quel carattere di generalità e astrattezza che spesso (anche se non da tutti) le viene attualmente assegnato,[41] sino all'unità del fenomeno giuridico, rispetto al quale la stessa « grande dicotomia »[42] fra pubblico e privato non costituiva altro che l'individuazione di due distinte, ma integrate, « posizioni di studio ».[43]

E non meno rilevanti – anche riguardo al settore che si è maggiormente prestato ad approcci in larga misura omologanti, ossia la regolamentazione dei rapporti fra privati – dovrebbero apparire ulteriori itinerari e caratteri, a loro volta espressivi di un'inconfondibile, « inattuale » alterità. Il diritto delle persone e delle aggregazioni parentali ne offre i riscontri più eclatanti: si pensi solo al ruolo della schiavitù o alla configurazione della famiglia come centrata, per lungo tempo, non su vincoli « naturali », di sangue e affetti, ma piuttosto su relazioni potestative (a ridosso, o sulla falsariga, di quell'autentico archetipo di ogni idea romana del potere incarnato dalla *patria potestas*).[44] Né varrebbe, come in molte « attualizzazioni » si è tentato, marginalizzare o attenuare questi dati, su cui notoriamente impattano in modo più incisivo i mutamenti sociali: si tratta di autentici « fatti totali »,[45] che si riverberano su ogni dimensione (anche) del giuridico, e che non possono essere posti in disparte se non a costo di alterare radicalmente la reale fisionomia di quel lontano assetto – un diritto di diseguali, che assumeva le differenze tra gli uomini come dato indiscusso e pressoché fondante, che alle tecniche del *ius* spettava regolare, eventualmente articolare e talora attutire, non certo rimuovere.

Ma anche guardando al diritto privato patrimoniale, non dovrebbe trascurarsi, ad esempio, il ruolo (incomparabile, per la sua centralità, a quello odierno) delle successioni a causa di morte[46] – indicativo di quella preoccu-

41 Per qualche approfondimento in merito, Stolfi (2014a) 55 ss. nt. 146 ove bibliografia.

42 Nel senso di Bobbio (1984) spec. 151 ss. Cfr. anche, in chiave storica, Cappellini (1985) 175 ss.

43 Riprendo le parole che impiegava Ulpiano in D.1.1.1.2, su cui, per tutti, Aricò Anselmo (1983) spec. 452 ss.; Falcone (2006) 1167 ss.; Cerami, Purpura (2007) 2 ss.

44 Thomas (1984) 499 ss.

45 Nel senso di Mauss (2002) 9 ss. Per un impiego di questa nozione riguardo alla schiavitù antica, Schiavone (1996) 124 s., 243 ove bibliografia, che già seguivo in Stolfi (2009) 10 s.

46 Destinate, assieme al diritto delle persone, ad attrarre ancor più dei problemi di responsabilità contrattuale l'attenzione dei giuristi operanti « in "vorindustriellen" Gesellschaften »: Nörr (2005) 16. Non casuale è ad esempio che la materia successoria fosse sempre affron-

pazione quasi angosciosa, e peculiarmente antica, per le sorti di un complesso di beni (ma anche di culti e potestà personali) sull'arco di più generazioni, con lo sforzo di mantenerne l'integrità all'interno delle medesime famiglie[47] (autentiche protagoniste del diritto pre-moderno, cui rimase estranea una nozione forte di individuo) –; la laboriosa emersione di quelli che oggi denominiamo diritti reali,[48] con la funzione che vi assolse la proprietà, ma senza mai assurgere a paradigma del diritto soggettivo né assumere i tratti monolitici che spesso le hanno attribuito i moderni;[49] all'incidenza che, sulla circolazione della ricchezza, rivestivano, da un lato, l'effetto solo obbligatorio (non traslativo di dominio) che per secoli conservò ogni contratto (compravendita inclusa) e, dall'altro, i tempi brevi richiesti per l'usucapione.

E ancora dovremmo rivolgerci al settore dei contratti, fra i più idonei a svelare come alla riproposizione di figure e segmenti di disciplina si sia intrecciata una cesura decisiva in merito a molti principî, e all'antropologia giuridica che vi presiedeva. Vedremmo emergervi, tra l'altro, una declinazione alquanto difforme dell'autonomia privata, segnata dalla durevole esperienza del formalismo,[50] dal faticoso (e alterno) percorso che condusse ad attribuire solo un limitato riconoscimento, di per sé, al consenso (da cui anche una particolare, e per noi remota, semantica assegnata a nozioni come la buona fede),[51] e in genere dalla lunga parabola – destinata a protrarsi sino

tata in apertura degli scritti civilistici in senso stretto (prima nella forma dei *libri iuris civilis*, poi di commento a precedenti opere di quel genere): Scherillo (1953) 446 ss.

47 Da cui l'origine di figure quali l'usufrutto a Roma (almeno secondo la ricostruzione tradizionale) e l'epiclerato ad Atene e in altre *póleis* (su cui, per tutti, Martini [2005] 60 ss.).

48 Categoria che, nella sua veste unitaria e definita sul piano sostanziale, è assai più l'esito delle rivisitazioni moderne che genuina espressione delle visuali romane, cui la stessa espressione *iura in re* non era affatto familiare, e nelle quali dominava semmai la polarità fra *actiones in rem* e *in personam*: Coing (1982) 249 s. e Stolfi (2006b) 146 nt. 84 ove altra bibliografia.

49 Laddove prendeva forma, piuttosto, un autentico prisma proprietario, cui partecipavano il *dominium* civilistico, ma anche la proprietà « peregrina », « provinciale » e quella che noi denominiamo « pretoria ». Cfr. anche *supra* nt. 15.

50 Da non confondere con quel carattere formale del diritto che, da Roma in poi, mai più sarebbe scomparso dall'orizzonte dell'Occidente (e sul quale ha insistito Schiavone [2005]): Stolfi (2010a) 29 ss., spec. 31, 40 ss. ove altra bibliografia.

51 Posso rinviare a Stolfi (2004) spec. 75 ss. e ora a Stolfi (2017a) spec. 263 ss. ove altra bibliografia.

alle soglie del moderno – della tipicità dei contratti:[52] decisiva proiezione di un'altra tipicità (quella delle azioni, ancor più marcata col processo formulare che nell'esperienza anteriore), che i romani si sarebbero sforzati, per varie strade, di aggirare o comprimere, ma senza volerne mai prescindere (il che rivela molte cose). E senza dimenticare, ovviamente, la posizione stessa che lo strumento contrattuale assunse nel complesso dell'esperienza antica, e probabilmente di tutta quella precapitalistica: posizione che, se non proprio o non sempre compressa (come nella classica ipotesi formulata da Sumner Maine nel 1861)[53] dall'invasiva incidenza dello *status*, ne era comunque ridisegnata, sino a intessere con quello irripetibili combinazioni.

3. Un altro vettore di comparazione

Finora si è proceduto, e solo per *exempla*, lungo un unico asse di confronto: quello destinato a far emergere (non solo i nessi di derivazione e i profili di analogia, ma soprattutto) le dissonanze fra un'esperienza antica – dispiegata su un arco cronologico talmente esteso che solo convenzionalmente possiamo ricomprenderla sotto l'unificante denominazione di « diritto romano »[54] – e quella in cui è inscritto il suo interprete, e da cui egli è in varia misura condizionato, così da assumerla come inevitabile termine di raffronto.

Si è però accennato anche a un'altra forma di comparazione che è praticabile, e talora ineludibile, nei nostri studi. Un raffronto tutto interno al mondo antico, che potremmo indicare come « sincronico » (per distinguerlo da quello « diacronico », illustrato finora), se anche questo, a ben vedere, non comportasse violazioni nell'ordine storico, sino ad appiattire in una fittizia contemporaneità trame di fatti e di idee che, in più casi, presentano sfasature

52 Che si rivela appunto « l'autentico dio nascosto di tutta l'esperienza contrattualistica romana »: Schiavone (2005) 359.

53 Sumner Maine (1998) 91 ss., spec. 129 s., 229 ss., pur da leggere senza indulgere – avverte Piccinini (2003) viii – alla « *vulgata* che ha trovato nella formula "from status to contract" il proprio perno », né trascurare certi contesti già segnati dalla prevalenza di una logica "imprenditoriale" su una strettamente proprietaria (Stolfi [2009] 54 ss.).

54 Con uno sforzo tale da rendere tutt'altro che scandalosa l'affermazione che non esiste « *il* diritto romano »: così – ridiscutendo anche le inevitabili perplessità destate da quella provocazione – Stolfi (2017b) 110 ss. e nt. 69.

di secoli.[55] È quanto riscontriamo, in particolare, riguardo ai più frequenti e significativi elementi che si prestano a questo tipo di analisi: gli uni provenienti dalle varie fasi del diritto romano, gli altri dalle vicende delle *póleis* greche (e ancora, almeno in parte, dell'età ellenistica).

Già una simile limitazione di prospettiva si presta a qualche obiezione, da parte di chi reclami un approccio più ampio e inclusivo. Non credo però che essa sia imputabile solo a operazioni di spregiudicata « governance » culturale, volte a screditare e relegare nell'ombra, in nome di un grossolano eurocentrismo, esperienze ancor più progredite.[56] Non intendo affatto disconoscere contaminazioni di modelli giuridici fra tutte le comunità che si affacciavano sul Mediterraneo antico e che, su questo mare percorso più della terra (da cui trasse il nome stesso), scambiavano beni, condividevano culti, mettevano in contatto lingue e usanze diverse. Ma non sempre privilegiare lo studio della poesia eschilea rispetto a quello dei canti tribali di una comunità di antropofagi è solo indizio di razzismo. Le cose non sono così semplici. E lo storico, anche del diritto, non può misconoscere il diverso impatto che, sulla (propria) tradizione, hanno determinato alcuni itinerari piuttosto che altri: tanto più se riferibili a popoli che dettero vita a variegate dinamiche di osmosi culturale, pur coltivando (e ad altissimo livello) talenti in larga parte dissimili. In questo senso continuo a trovare non illegittima la diffusa semplificazione che accosta Roma e Grecia, per giustapporre diritto (e, più specificamente, scienza giuridica), da un lato, e politica e filosofia dall'altro, sino a scorgere in questi elementi – accanto alla teologia ebraico-cristiana – le più costitutive eredità del mondo antico, destinate a segnare in modo indelebile il pensiero dell'Occidente.

55 Fenomeno che va al di là delle forzature sempre connesse alla comparazione impostata secondo un'« analisi sincronica » (Morlino [2005] 58 s.). Vi affiora forse, di nuovo, l'egocentrismo del presente, che coglie il divenire, nella sua pienezza e nelle sue repentine accelerazioni, solo quando concerne il tempo più vicino, e ne svilisce invece l'impatto in riferimento a stagioni meno prossime. Per non parlare del condizionamento che, sulla storiografia non solo giuridica, ha esercitato la categoria del « classico » (*supra*, § 2 e nt. 21).

56 Monateri (2005) 19 ss. Nel coro di dissensi romanistici cui ha dato vita – e al quale non mi sono sottratto: Stolfi (2010a) 53 ss. ove altra bibliografia – è talora sfuggito l'aspetto meno discutibile (sebbene non troppo originale) della sua tesi, ossia il carattere artificiale e in certa misura arbitrario di ogni identità, anche giuridica (*supra*, § 2 e ntt. 22 s.).

E tuttavia porre in relazione gli aspetti di fondo, e le più specifiche soluzioni, di queste due realtà non appare né scontato né praticabile senza guardarsi, anche stavolta, dai pericoli di certi condizionamenti, tali da condurre questa direttiva di lavoro – di per sé più che lecita, e anzi arricchente – verso risultati difficilmente condivisibili. A imporre particolare prudenza è in primo luogo un rilievo banale, ossia la constatazione della non omogeneità, sul piano istituzionale, delle due realtà oggetto di comparazione: da una parte, una città in grado di espandere il proprio dominio e le sue tecniche di disciplinamento sociale su un impero che abbracciava tre continenti; dall'altra, uno spazio gremito di *póleis*, a lungo frammentato in un geloso particolarismo di regole e compagini politiche (ove lo stesso predominio ateniese rivestì al massimo i tratti di una talassocrazia economica e di un primato culturale), tale da farci dubitare della stessa esistenza di un unico « diritto greco ».[57]

Ma altri fattori, e forse più insidiosi, concorrono a imporre cautele. Si è accennato al divario temporale che talora riscontriamo riguardo a fenomeni per più versi accostabili, ma che dovranno essere congiuntamente interpretati tenendo nel debito conto proprio quel dato cronologico: talora in grado, a sua volta, di svelare non poco del significato di entrambe le vicende. Così è per la tardiva e improvvisa comparsa di modalità di produzione normativa difformi, se non antagoniste, rispetto a quelle rispettivamente consolidate – il « paradigma della legge »,[58] che con la normazione decemvirale irrompe a Roma nel V secolo a.C., dopo una lunga fase di incontrastato monopolio sapienziale; l'attività condotta, anche su questioni legali (*ta nomizómena*), dagli *exeghetái* dell'Atene pressoché coeva, a secoli di distanza dall'apparizione dei primi corpi normativi, in forma di *thesmói* o *nómoi*[59] –; oppure per la tempistica, radicalmente diversa, che ad esempio incontriamo riguardo a un atto così incisivo sugli equilibri di una comunità come l'abolizione dell'assoggettamento fisico per debiti (col ritardo di oltre due secoli che, rispetto al provvedimento di Solone, presenta il disposto della *lex Poetelia Papiria*: verosimile testimonianza dell'esiguo interesse che le rivendicazioni della plebe, sino ad allora volte a ottenere conquiste prettamente politiche, riser-

57 Stolfi (2006a) 3 ss., 193 ss. ove bibliografia.
58 Nel senso di Schiavone (2005) 74 ss.
59 Stolfi (2006a) spec. 30 s., 200 e Stolfi (2010a) 45 s. ove bibliografia.

varono a esigenze che ne coinvolgevano solo gli strati economicamente più deboli).

Possiamo aggiungervi – quale secondo elemento che comporta difficoltà teoriche ma si pone anche come grande tema storiografico – il mancato costituirsi, in ogni realtà greca (non solo ad Atene), di una scienza giuridica e di un diritto davvero configurabile quale funzione sociale autonoma, pienamente disintegrata dalla politica, ossia sviluppato (per impiegare le categorie weberiane) nel senso di una razionalità formale.[60] Circostanze che, appunto, complicano il confronto con Roma – in quanto evocano distanze così radicali da ridurre, fra i due termini, quel minimo comune denominatore senza il quale neppure può darsi autentica comparazione – ma esigono anche uno scavo che potremmo forse indicare come « archeo-genealogico ». Una riflessione, cioè, tesa a dar conto di quella grande dicotomia antica, e poi anche del peso che la morfologia dell'esperienza greca avrebbe avuto fra le cause che, nel formarsi dell'identità culturale europea, fecero sì che il lascito di Atene e delle altre *póleis* svolgesse un ruolo essenziale in molteplici ambiti, ma non in quello giuridico.[61]

Fra gli altri motivi da tenere in considerazione, al fine di evitare letture semplicistiche oppure velleitarie, ricorderei l'esigenza, da un lato, di non instaurare nessi di troppo univoca o diretta derivazione fra speculazione greca (soprattutto in settori limitrofi al diritto, come la filosofia e la retorica) ed elaborazione giurisprudenziale romana – laddove il quadro teorico era certamente più composito, e il lavoro dei giuristi lontano dall'appiattirsi su meri calchi di dottrine rinvenute in altri saperi[62]– e, dall'altro, di non riconsegnarsi integralmente al disegno (troppo ambizioso e per certi aspetti fuorviante) di una « antike Rechtsgeschichte », il cui stesso concetto già appariva a Mitteis « tanto erroneo, quanto sarebbe la concezione di un sistema generale stellare ».[63]

60 Ne ho discusso – insistendo sui limiti della spiegazione weberiana circa il mancato sviluppo, in Grecia, di una scienza giuridica – in Stolfi (2006a) spec. 48 ss. e Stolfi (2010a) 32 ss. ove altra bibliografia.

61 Ho affrontato quest'aspetto – che appunto non sembra riducibile a ragioni solo linguistiche, o immediatamente politiche, come per Van Caenegem (2003) 98 ss. – in Stolfi (2010a) 59 ss.

62 Stolfi (2012a) 259 ss.

63 Mitteis (1929) 489. Per una lettura critica in merito ai tentativi (soprattutto in Wenger) di ricomporre questa « antike Rechtsgeschichte », fra gli altri, Koschaker (1962) 509 ss. e Talamanca (1994) 901 ss.

Ma il pericolo più rilevante credo sia costituito, anche in questo caso, dall'elisione o almeno dal ridimensionamento più o meno intenzionale dell'effettiva alterità fra i due oggetti di comparazione. È esattamente quanto – soprattutto negli studi sui diritti greci (essenzialmente, sul diritto attico) condotti nei Paesi di *civil law* – si è verificato per decenni, e da cui ancora stentiamo a liberarci. Le fonti utilizzabili per quelle indagini esigevano, per il loro stesso statuto[64] (non potendosi trattare di scritti di giuristi, ma di testimonianze di storici, retori, filosofi o poeti), chiavi di lettura tecniche, e queste erano inevitabilmente ricercate nel repertorio giuridico romano, se non addirittura in quello messo a punto in seno alla cosiddetta « tradizione romanistica » (sino a operare autentici doppi salti mortali, come quelli che inducevano a trattare, ad esempio, di negozio giuridico o diritti soggettivi nell'Atene del V e IV secolo a.C.).[65] Ma non poteva trattarsi di un'innocua soluzione espositiva: il ricorso a quelle categorie finiva col determinare un'omologazione della Grecia a Roma, facendo della prima, *sub specie iuris*, solo un imperfetto specchio della seconda. Le sue peculiarità si esaurivano in una registrazione di vuoti (per lo più terminologici), che spettava allo storico colmare, interrogandosi su cosa, entro quella realtà, potesse rinvenire di accostabile alle figure familiari (soprattutto) del diritto privato: dalla distinzione fra proprietà e possesso a quelle fra contratti e delitti quali fonti di obbligazioni, successione *mortis causa* legittima o testamentaria.

Viceversa, dovrebbero essere indagate proprio le ragioni che, in un mondo così ricco di teoria, inibirono la messa a punto di un lessico specialistico. Ed è rimanendo aderenti alle formulazioni greche che riusciamo a cogliere il duplice e destabilizzante scarto di quella realtà rispetto a Roma e alla tradizione che da essa ha preso le mosse. Mi limito a menzionare, a livello di microcomparazione, due aspetti. In primo luogo l'assenza di una nozione del tutto coincidente con quella di proprietà, giacché i due termini più vicini (*chrêsis* e *ktêsis*) indicano rispettivamente, con ogni probabilità, il potere di usare (godere) e quello di alienare (disporre), ma senza operare fra essi quell'autentica endiadi in cui si risolve il diritto di proprietà, secondo una costruzione logica tutt'altro che scontata, anche se come tale aspira a presentarsi, sulla scorta di un'elaborazione bimillenaria che dall'antico *domi-*

64 Stolfi (2016b) 197 ss., spec. 200 ss.
65 Stolfi (2006a) 119 ss., 227 ove bibliografia.

nium giunge sino al dettato dell'odierno art. 832 c.c.[66] In modo ancor più significativo, di fronte alla tipicità contrattuale dei romani – connessa con (se non proprio determinata dal)la tipicità delle azioni – l'alterità greca non sembra tanto da intendere nel segno dell'atipicità contrattuale (un esito difficilmente configurabile, in genere, prima che si affermasse l'individualismo moderno), ma proprio nella sconnessione che vi era determinata fra tipicità delle figure sostanziali e atipicità della loro tutela (sempre affidata alla *díke blábes*, come per ogni caso di danno patrimoniale, comprensivo appunto di quello cagionato da inadempimento contrattuale).[67] Una sconnessione tale da far saltare l'unico elemento di continuità logica che è dato cogliere fra l'esperienza romana e l'attuale, ossia la simmetria del regime sul piano sostanziale e su quello processuale (in termini sempre di tipicità nel primo caso, sempre di atipicità nel secondo).

Lavorando ancora in aderenza alle soluzioni espressive degli antichi, sarebbero da valorizzare tutti i confronti, linguistici e concettuali, in cui già essi apertamente si impegnarono, consapevoli della spiccata osmosi che scandiva la cultura dell'« impero greco romano ».[68] Comparazione *lato sensu* sincronica e storia della comparazione (che non si riduce certo al solo caso, usualmente ricordato, della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*) trovano qui giunzioni evidenti, e decisive. Possiamo guardare ai testi romani, di ambito non solo retorico e politico (basterebbe pensare a Cicerone) ma anche giurisprudenziale – con espliciti confronti con figure proprie delle province ellenofone (soprattutto nel caso di Gaio);[69] sfruttamenti delle potenzialità semantiche di certe nozioni greche (l'esempio più noto è quello del *synállagma*, nelle diverse rivisitazioni di Labeone, Aristone e Ulpiano);[70] traduzioni, ideali ancor più che linguistiche, di fondamentali enunciazioni (come le qualifiche pseudodemosteniche del *nómos* nella rilettura papinianea);[71] innumerevoli richiami a vocaboli, concezioni e vicende greche. Ma

66 Svilupperei in termini ancor più radicali gli spunti forniti in Stolfi (2006a) 115 ss. Cfr. anche Martini (2005) 105 ss.

67 Martini (2005) 75 s., Stolfi (2006a) 104, 155, 222 s. e Pelloso (2007) 27 e nt. 53 ove altra bibliografia.

68 Nel senso di Veyne (2007).

69 Espressione di un suo « cosmopolitismo »: Quadrato (2010) 273 ss.

70 D.50.16.19 e D.2.14.7.2, al centro di ricche discussioni storiografiche: utili orientamenti in Pelloso (2007) spec. 51 ss.

71 D.1.3.1, sul quale sono tornato più volte: da ultimo, in Stolfi (2013) spec. 290 ss. ove bibliografia.

possiamo rivolgerci anche al versante opposto, per rinvenire storici e retori che si interrogavano sulle peculiarità della costituzione romana (letta sulla scorta delle teorie politologiche greche, ma anche del confronto con le diverse soluzioni istituzionali reperibili nel Mediterraneo: così in celebri pagine di Polibio)[72] o dell'assetto imperiale (come in Elio Aristide e Dione Cassio)[73] oppure su certe peculiarità delle strategie romane della cittadinanza, a cominciare dalla sua concessione agli schiavi liberati, secondo un regime senza eguali nelle *póleis*, tanto da attrarre l'attenzione di Dionigi di Alicarnasso.[74]

E, sempre nel praticare una comparazione volta a far emergere (anziché occultare) le specificità nelle somiglianze, riscontri fecondi si offrono in altri ambiti. Ricorderei, in primo luogo, l'importanza di una lettura sinottica dell'arcaicità greca e romana, tale da porne in luce certe consonanze, ma guardandosi (diversamente da quanto accadeva con la teoria del « pre-droit »)[75] da assimilazioni che condurrebbero a smarrire le ragioni dei difformi sviluppi del pensiero « razionale » – rispettivamente, diritto e filosofia: esiti di forme mentali precedentemente manifestate in una religiosità a prevalenza ritualistica oppure mitologica[76] – e anche di certe soluzioni tecniche (come la repressione dell'omicidio, radicata in una diversa valenza attribuita al sangue versato).[77] In secondo luogo, le sfasature che emergono – a livello di elaborazioni teoriche, regole giuridiche, prassi istituzionali – di fronte a fenomeni di assoluta centralità per ogni compagine antica, come la presenza degli schiavi (non escluso il loro sfruttamento in veste di agenti commerciali, cui poteva connettersi o meno un'autonoma soggettività processuale)[78] o il ricorso alla guerra (con le differenziate possibilità di una sua « messa in

72 Nel VI libro delle *Storie*, una cui lucida messa a punto è in Mantovani (1996) 224 ss.

73 L'uno nell'orazione *A Roma* (su cui, per tutti, Schiavone [1996] 5 ss. e Desideri-Fontanella [2013]); l'altro in vari luoghi delle *Storie romane*, esaminati soprattutto da Marotta (2000) spec. 77 ss., 149 ss., 165 ss.

74 Come pure di un sovrano ellenistico (Filippo V di Macedonia): Stolfi (2006a) 176 s., 241 ove altra bibliografia e Stolfi (2008) 31.

75 Gernet (1968) 173 ss. e Gernet (2000) 4 ss. Sul dibattito suscitato dalle sue tesi, Stolfi (2010a) 38 s.

76 Riprendo, in estrema sintesi, Stolfi (2006a) 25 ss. Spunti importanti in Schiavone (2005) 48 ss.

77 Vi ho accennato in Stolfi (2006a) 105 ss.

78 Stolfi (2006a) spec. 187 ss. e Stolfi (2009) spec. 25 ss.

forma » o qualificazione come « giusta »).[79] In terzo luogo, il contributo greco, in concorso con le elaborazioni romane, al formarsi della polisemia di grandi categorie del diritto occidentale: dalla riflessione aristotelica attorno all'*epieikés* (di cui peraltro erano offerte due distinte visioni, fra *Etica Nicomachea* e *Retorica*), destinata a costituire uno degli eterogenei ma interagenti filoni in cui si articola la tradizione dell'equità,[80] all'idea stessa di *nómos* e *lex* quali distinti paradigmi della giuridicità, capaci di dar conto (soprattutto in certe riletture filosofiche)[81] di vari snodi della storia a noi più vicina.

Infine, e per tornare a combinare le due forme di comparazione suggerite in queste pagine, trovo sia ancora da mettere a frutto larga parte della valenza « inattuale » – rispetto agli assetti contemporanei, ma con trame irriducibili l'una all'altra, per quanto contigue e connesse – delle concezioni che greci e romani misero a punto riguardo a molteplici voci del lessico pubblicistico: da quella di costituzione a quelle di comunità, eguaglianza, democrazia, cittadinanza, libertà.[82] Un autentico filo d'Arianna, forse, per districarci nel « labirinto delle istituzioni »,[83] ma a patto di sfuggire alle semplificazioni indotte dalla distanza prospettica o dall'assillo di tranquillizzanti continuità, e non comprimere il duplice ordine di scarti (fra noi e gli antichi, ma già fra i greci e i romani) che è invece proprio quanto una corretta ricerca comparata, e una matura storiografia, esigono di interpellare, costitutivo della complessità che tuttora ci abita e ci percorre.

79 Circa le profonde differenze, destinate a riemergere più volte nella storia posteriore, tra configurazioni del *bellum iustum* e del *díkaios pólemos*, per tutti, Clavadetscher, Thürlemann (1985) e Stolfi (2012b) 8 ss., spec. 13 ss. ove altra bibliografia.

80 Per qualche orientamento, anche bibliografico, Stolfi (2015) 521 s., 528 s. e ora Stolfi (2018) § IV s.

81 Da Hobbes e Vico a Schmitt e Hayek, sino al più recente dibattito biopolitico: Stolfi (2006a) 131 ss., 232 s. ove bibliografia e Stolfi (2010a) 124 ss.

82 Ho lavorato, nella direzione indicata, su alcuni di questi temi: Stolfi (2008) 17 ss., Stolfi (2010a) 80 ss. e Stolfi (2014b) spec. 143 ss.

83 Nel senso di Portinaro (2007), che dedica oltre un terzo del suo percorso proprio all'« invenzione della politica », e ai modelli istituzionali, nel mondo antico.

Bibliografia

Aricò, Anselmo (1983), *Ius publicum – Ius privatum* in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in: Annali del seminario giuridico della Università di Palermo, 37, 445–773

Betti, Emilio (1991), Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti, a cura di Giuliano Crifò, Milano

Bettini, Maurizio (2000), Le orecchie di *Hermes*. Studi di antropologia e letterature classiche, Torino

Bobbio, Norberto (1984), Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto, 2. ed., Milano

Bodei, Remo (1986), Foucault: pouvoir, politique et maîtrise de soi, in: Critique, 41, 471–472

Braudel, Fernand (1994), Il Mediterraneo. Lo spazio la storia gli uomini le tradizioni, trad. it. Milano

Braudel, Fernand (1999), Memorie del Mediterraneo. Preistoria e antichità, trad. it. Milano

Bretone, Mario (1999), Diritto e tempo nella tradizione europea, 4. ed. Roma e Bari

Bretone, Mario (2008), *Ius controversum* nella giurisprudenza classica, in: Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Anno CDV – 2008. Classe di scienze morali, storiche e filologiche, Roma

Brutti, Massimo (2014), I romanisti italiani in Europa, in: Bussani, Mauro (a cura di), Il diritto italiano in Europa (1861–2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione. Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 5, 211–254

Canfora, Luciano (2013), Noi e gli antichi. Perché lo studio dei Greci e dei Romani giova all'intelligenza dei moderni, 4. ed., Milano

Cappellini, Paolo (1985), *Systema iuris.* vol. 2. Dal sistema alla teoria generale, Milano

Carandini, Andrea (1979), L'anatomia della scimmia. La formazione economica della società prima del capitale, Torino

Caroni, Pio (2009), La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano

Cerami, Pietro, Gianfranco Purpura (2007), Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano, Torino

Clavadetscher-Thürlemann, Silvia (1985), *Polemos dikaios* und *bellum iustum*. Versuch einer Ideengeschichte, Zürich

Coing, Helmut (1982), Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, I, Frankfurt am Main

Costa, Pietro (1978), Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia, in: Quaderni Fiorentini 7, 311–393

Costa, Pietro (2007), A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell'inutilità, in: Roselli, Orlando (a cura di), La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione, Napoli, 23–39

Croce, Benedetto (1927), Teoria e storia della storiografia, 3. ed., Napoli
Curi, Umberto (2010), Straniero, Milano
Desideri, Paolo, Francesca Fontanella (2013), (a cura di) Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma, Bologna
Esposito, Roberto (2008), La politica al presente, in: Bazzicalupo, Laura (a cura di), Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito, Milano, 13–38
Falcone, Giuseppe (2006), Un'ipotesi sulla nozione ulpianea di « *ius publicum* », in: Baccari, Maria Pia, Cosimo Cascione (a cura di), Tradizione romanistica e costituzione, II, Napoli, 1167–1195
Foucault, Michel (1977), Microfisica del potere, trad. it. Torino
Gallo, Filippo (1997), L'*officium* del pretore nella produzione e applicazione del diritto, Torino
Gallo, Filippo (2010), Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica, Torino
Gallo, Filippo (2011), La *permutatio legum* giustinianea rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione, in: Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito, vol. 2, Alessandria
Gernet, Louis (1968), Anthropologie de la Grèce antique, Paris
Gernet, Louis (2000), Diritto e civiltà in Grecia antica, a cura di Andrea Taddei, Milano
Gorla, Gino (1981), Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano
Grossi, Paolo (2001), Mitologie giuridiche della modernità, Milano
Grossi, Paolo (2007), L'Europa del diritto, Milano
Hartog, François (2007), Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo, trad. it. Palermo
Hobsbawn, Eric J., Terence Ranger (1987), L'invenzione della tradizione, trad. it. Torino
Irti, Natalino (2004), Nichilismo giuridico, Roma–Bari
Irti, Natalino (2007), Il salvagente della forma, Roma–Bari
Koschaker, Paul (1962), L'Europa e il diritto romano, trad. it. Firenze
Mantovani, Dario (1996), Il diritto e la costituzione in età repubblicana, in: Gabba, Emilio et al., Introduzione alla storia di Roma, Milano, 171–276
Marotta, Valerio (2000), Ulpiano e l'impero, I, Napoli
Marotta, Valerio, Emanuele Stolfi (2012), (a cura di) *Ius controversum* e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi, Roma
Martini, Remo (2005), Diritti greci, Bologna
Mauss, Marcel (2002), Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche, trad. it. Torino
Mitteis, L. (1929), Storia del diritto antico e studio del diritto romano, trad. it. in: Annali del seminario giuridico della Università di Palermo, 12, 477–499
Monateri, Pier Giuseppe (2005), Gaio nero, in: Monateri, Pier Giuseppe, Tomasz Giaro, Alessandro Somma (2005), Le comuni radici del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva, Roma, 19–76
Morlino, Leonardo (2005), Introduzione alla ricerca comparata, Bologna

Nörr, Dieter (2005), Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig.19.1.43 sq.), München
Orestano, Riccardo (1987), Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna
Orestano, Riccardo (1989), Edificazione del giuridico, Bologna
Pelloso, Carlo (2007), Le origini aristoteliche del *συνάλλαγμα* di Aristone, in: Garofalo, Luigi (a cura di) (2007), La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano, vol. 1, Padova, 3–100
Piccinini, Mario (2003), Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine, Milano
Portinaro, Pier Paolo (2007), Il labirinto delle istituzioni nella storia europea, Bologna
Quadrato, Renato (2010), *Gaius dixit*. La voce di un giurista di frontiera, Bari
Rodotà, Stefano (2009), La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Milano
Sacco, Rodolfo (1992), Introduzione al diritto comparato, 5 ed., Torino
Sacco, Rodolfo (1994), « Carriera di un libertino », in: *Scintillae iuris*. Studi in memoria di G. Gorla, vol. 1, Milano, 681–696
Scherillo, Gaetano (1953), Il sistema civilistico, in: Studi V. Arangio-Ruiz, vol. 4, Napoli
Schiavone, Aldo (1980) Storiografia e critica del diritto. Per una "archeologia" del diritto privato moderno, Bari
Schiavone, Aldo (1984), Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny, Roma–Bari
Schiavone, Aldo (1996), La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno, Roma–Bari
Schiavone, Aldo (2005), *Ius*. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino
Schiavone, Aldo, Emanuele Stolfi (2010), Diritto e giuristi nella storia di Roma, in: Schiavone, Aldo (a cura di) (2010), Diritto privato romano. Un profilo storico, 2. ed., Torino, 3–61
Somma, Alessandro (2014), Introduzione al diritto comparato, Roma e Bari
Stolfi, Emanuele (2004), "*Bonae fidei interpretatio*". Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli
Stolfi, Emanuele (2006a), Introduzione allo studio dei diritti greci, Torino
Stolfi, Emanuele (2006b), Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna, in Studi senesi, 68, 118–177
Stolfi, Emanuele (2008), *Polítes e civis*: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica, in: *Civis/civitas*. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna, Montepulciano (Siena), 17–32
Stolfi, Emanuele (2009), La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane, estr. da: Teoria e Storia del Diritto Privato 2, 1–59
Stolfi, Emanuele (2010a), Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari, Bologna
Stolfi, Emanuele (2010b), Il processo civile, in: Schiavone, Aldo (a cura di), Diritto privato romano. Un profilo storico, 2. ed., Torino, 77–155

Stolfi, Emanuele (2012a), Il contesto culturale, in: Baldus, Christian et al. (a cura di), Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale, Trento, 251–297

Stolfi, Emanuele (2012b), Immagini della guerra nell'antica Grecia: « *stásis* », « *pólemos* » e « *díkaios pólemos* », in: Rivista di studi militari, 1, 7–46

Stolfi, Emanuele (2013), Alle soglie dell'intraducibile. Il *nómos* ateniese nell'elaborazione dei giuristi severiani, in: Cascione, Cosimo, Carla Masi Doria, Giovanna Merola (a cura di), Modelli di un muliculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento, I, Napoli, 283–322

Stolfi, Emanuele (2014a), I casi e la *regula*: una dialettica incessante, in: Vacca, Letizia (a cura di), Casistica e giurisprudenza, Napoli, 1–72

Stolfi, Emanuele (2014b), Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio, in: Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", 108, 139–178

Stolfi, Emanuele (2015), Il principio di equità, in: Furgiuele, Giovanni (a cura di), Salvatore Romano, Napoli, 521–570

Stolfi, Emanuele (2016a), Brevi note su *interpretatio* e *auctoritas* fra tarda repubblica ed età dei Severi, in: Interpretatio prudentium, 1, 159–180

Stolfi, Emanuele (2016b), Le fonti dei diritti greci, in: Poma, Gabriella (a cura di), La storia antica. Metodi e fonti per lo studio, 197–207

Stolfi, Emanuele (2017a), Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano, in: Studi Senesi, 129, 256–278

Stolfi, Emanuele (2017b), Diritto romano e storia del pensiero giuridico, in: Vacca, Letizia (a cura di), Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC 2014, Napoli, 91–122

Stolfi, Emanuele (2018), La legge e i due volti dell'antico, in corso di pubblicazione in: Luchetti, Giovanni (a cura di), Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna–Ravenna 9–11 maggio 2013)

Sumner Maine, Henry (1998), Diritto antico, trad. it. Milano

Talamanca, Mario (1994), Gli studi di diritto greco dall'inizio dell'Ottocento ai nostri giorni, in: AA. VV., *Scintillae iuris*. Studi in memoria di G. Gorla, vol. 1, Milano, 889–949

Thomas, Yan (1984), *Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort, in: Thomas, Yan (ed.), Du châtiment dans la cité: supplices corporels et peine de mort dans le monde antique, Rome–Paris, 499–548

Todorov, Tzvetan (1991), Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana, trad. it. Torino

Van Caenegem, Raoul C. (2003), I sistemi giuridici europei, trad. it. Bologna

Veyne, Paul (2007), L'impero greco romano. Le radici del mondo globale, trad. it. Milano

Zweigert, Konrad, Hein Kötz (1998), Introduzione al Diritto comparato, vol. 1. Principi fondamentali, trad. it., Milano

Vincenzo Zeno-Zencovich

Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"*

1. Ipotesi per una ricerca

Da sempre gli atti giudiziari sono utilizzati dagli storici quali fonti e oggetto di studi. L'ovvio riferimento è a Plutarco nelle sue vite di Pericle, di Alcibiade e ovviamente, nel confronto fra Demostene e Cicerone.[1]

Fra gli studi più recenti meritano particolare segnalazione, per le implicazioni metodologiche, quelli, ormai di vasta fruizione, di Michel Foucault (*Io, Pierre Rivière*) e di Carlo Ginzburg (*Il formaggio e i vermi*).

Le ragioni sono abbastanza comprensibili: l'attività giudiziaria presenta due caratteristiche molto importanti. In primo luogo la scrittura, che a partire dal processo canonico, diventa la forma giudiziaria evoluta europea che ne consente la trasmissione al tempo futuro. In secondo luogo l'attività giudiziaria è riferita ad una istituzione pubblica chiamata a registrare con proclamata oggettività fatti e dichiarazioni. Dagli atti giudiziari, anche i più unilaterali, è possibile almeno intuire altre versioni degli accadimenti.[2] E in

* Il presente scritto trae origine dall'incontro « Ricostruire il fatto, raccontare la Storia. Gli atti giudiziari e la ricerca storica » organizzato nel novembre 2015 dall'Archivio di Stato di Roma assieme alla rivista *Critica del diritto* e alla Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei. Sono particolarmente grato a Raffaele Romanelli per le indicazioni e i commenti ad una prima stesura dell'articolo.

1 Peraltro, già diversi secoli prima, Tucidide, nelle sue *Guerre del Peloponneso* (VIII, 68) riferisce del processo a carico di Antifonte, uno degli oligarchi ateniesi messo a morte nel 411 a.c. Per una selezione di altre *causes célèbres* dell'antichità v. Sordi (1996). Una prospettiva molto diversa, di enorme importanza storica e culturale (oltre che religiosa), è quella che si collega alle vicende giudiziarie che segnarono l'inizio del cristianesimo. La letteratura è, ovviamente, sterminata. Si può partire dagli studi di diritto romano raccolti da Amarelli, Lucrezi (1999); dall'interminabile processo contro San Paolo su cui v. Mandas (2017); nonché con il recente volume su Ponzio Pilato di Schiavone (2016).

2 Si prenda ad esempio la requisitoria del famigerato procuratore generale Andrej Vyshinskij al processo del 1938 contro Nikolay Bucharin e altri fondatori del Pcus, prontamente

ogni caso le carte di un processo ci dicono molto non solo sulle parti (l'imputato, i contendenti civili, i testimoni) ma anche sui giudicanti e su tutta la istituzione giudiziaria, sulla sua organizzazione, la sua ideologia.[3]

Se dunque da duemila anni per conoscere il passato si utilizzano le vicende giudiziarie, quale l'interesse per una « storia giudiziaria contemporanea »?

La domanda sollecita molteplici interrogativi posti su piani variegati. (i) Cosa intendiamo per « storia giudiziaria »?[4] La grande maggioranza delle ricerche e degli scritti riguardano processi penali e l'amministrazione della giustizia penale. Si tratta di una dimensione sufficiente, oppure occore muoversi anche su altre giurisdizioni? (ii) Cosa intendiamo per « contemporanea »? È ragionevole segnare come punto di partenza convenzionale, per l'Europa, il secondo dopoguerra? (iii) Ha senso muoversi in una prospettiva trans-nazionale, alla ricerca di elementi che accomunino i principali Paesi europei? (iv) In che misura una « storia giudiziaria contemporanea » si dovrebbe differenziare, dal punto di vista metodologico, da quella di epoche precedenti? (v) Articolando la domanda precedente, se e come si differenzia il rapporto fra la istituzione giudiziaria ed i suoi prodotti (i procedimenti, i processi, le sentenze)?

A queste domande cercherò di fornire delle ipotesi di risposta, non per "partito preso", ma per sollecitare dialetticamente prospettive diverse, opposte o integrative, che contribuiscano ad una migliore comprensione.

(i) Le società occidentali contemporanee si caratterizzano per complessità, opulenza e inclusività. Il suffragio universale, il costante ampliamento dei diritti civili e di cittadinanza, l'eliminazione dell'analfabetismo, la crescita dei livelli di educazione, il progressivo innalzamento dell'età media, la evoluzione della medicina, la assenza di conflitti bellici, l'aumento esponenziale del reddito, del risparmio, dei patrimoni individuali. E accanto a tutto questo la moltiplicazione dei compiti dello Stato, regolatore delle attività economiche e prestatore di servizi sociali. Il profilo del "sorvegliare e punire" rimane pur sempre importante, ma si tratta di una sola delle tante facce di

tradotta e diffusa *urbi et orbi* (*The treason case summed up* disponibile alla pagina http://neworleans.media.indypgh.org/uploads/2007/02/the.treason.case.18feb07.pdf1xudb8.pdf). « Una legge, una sentenza, un'opinione di giurista, recano tanti di quei "graffi" e "segni", tante di quelle pieghe e di quelle rughe, che all'occhio veramente esperto non sarà certo impossibile dedurne "fatti sociali avvenuti" » (così Sbriccoli (2009a) 1129).

3 Fra le tantissime opere v. la raccolta di saggi storici curata da Muñoz Machado (2010).

4 V. le considerazioni di Lacché, Meccarelli (2012) 7.

una realtà ben più articolata, alla quale si connette, influenzandola ed essendone influenzata. Il concetto di « giudiziaria » dovrebbe dunque comprendere tutte le giurisdizioni, e in prospettiva includere anche momenti contenziosi che si svolgono al di fuori delle aule di giustizia (ad esempio davanti alla autorità amministrative di settore, oppure secondo modelli di *alternative dispute resolution*).

(ii) Questi fenomeni si sono verificati in Europa occidentale con la fine della seconda guerra mondiale, e si sono progressivamente estesi al resto del continente con la caduta delle dittature iberiche, prima, e del Muro di Berlino poi. In tutto questo un ruolo di contesto ineliminabile è rappresentato dalla Comunità economica europea e dalle sue evoluzioni fino all'Unione europea. Non si tratta di un periodo lunghissimo, ma certamente caratterizzato da tratti comuni espansivi ed evolutivi anche nei momenti di crisi, come nel crollo dei regimi autoritari. In ogni caso in nessun modo assimilabile al tumultuoso ventennio fra le due guerre, nel quale quasi tutti i Paesi europei caddero nelle spire di dittature.

(iii) L'attenzione ad una dimensione spaziale europea non solo è coerente con la evoluzione sovranazionale di cui dianzi, ma vorrebbe, in prevenzione, evitare un rischio che si potrebbe qualificare di "provincialismo", immaginando che le vicende italiane, caratterizzate dalla profonda trasformazione sociale, dalle violenze del terrorismo, dal cancro delle organizzazioni criminali territoriali e da una diffusa corruzione politica, costituiscano una peculiarità nazionale,[5] che le rendono incomparabili con quelle di altri Paesi a noi vicini. L'ipotesi è che altrove si sono verificati fenomeni altrettanto importanti che possono essere e sono in concreto scrutinati attraverso la formalizzazione dell'indagine e del processo giudiziario: si pensi ai "conti con il passato" della Spagna franchista[6] o dell'Est comunista.[7] Oppure al collaborazionismo[8] e alle guerre coloniali[9] in Francia. Nuovamente al ter-

5 Meritevole peraltro di studio: si veda il volume curato da Violante (1997) contenente una sezione dedicata a « storie esemplari » fra cui rientrano il caso Montesi, la strage di Piazza Fontana, il processo Tortora. Per un ulteriore approfondimento, v. la discussione fra Catanzaro et al. (1998).

6 V. Gomez Isa (2006), in particolare i saggi contenuti nelle parti IV e V dedicati alla Spagna post-franchista.

7 Fra i tanti v. Nalepa (2010); nonché Stan, Nedelsky (2015).

8 V. Salas, Jean (2002); nonché AA.VV. (2008).

9 Thénault (2001).

rorismo, anche internazionale, e alla transizione democratica in Germania.[10] In Gran Bretagna, la guerra civile nell'Irlanda del Nord e il terrorismo dell'Ira.[11] Il che dovrebbe sollecitare – è questa la proposta – una riflessione capace di abbracciare un fenomeno di vasta portata europea, tanto più se da una prospettiva *événementielle* (tipica del diritto e del processo penali) ci si sposta verso una storia della società.

(iv) L'elemento che sembra caratterizzare il periodo storico contemporaneo – e che è proprio del secondo dopoguerra – è l'uso "pubblico" della storia la quale passa in maniera significativa attraverso momenti giudiziari di cui il processo di Norimberga, con tutte le sue molteplici sfaccettature, continua ad essere l'archetipo. La funzione catartica dell'azione giudiziaria determina una forte, ed evidente, relazione biunivoca fra giustizia e società, con quest'ultima la quale chiede alla prima di sanzionare, certificare, riparare gli eventi storici. I processi ricostruiscono la storia. Gli storici entrano nei processi quali ausiliari del giudice.[12]

(v) Se da tempo gli storici osservano la istituzione giudiziaria quale uno dei pilastri dello Stato e della società, lo sguardo contemporaneo dovrebbe riuscire a cogliere sia il notevole ampliamento dei processi di giurisdizionalizzazione di cui si è parlato al punto (iii), sia l'attribuzione alla istituzione di un preminente ruolo politico e di governo (esemplificando, la attribuzione alla magistratura italiana, ed in particolare a quella inquirente, il compito di "lotta" al terrorismo, alla grande criminalità, alla corruzione). L'analisi storica può aiutare a comprendere, anche con l'ausilio di analisi quantitative, quanto questo fenomeno sia effettivo, stabile e comune nell'area europea.

Proprio questi profili di indubbia complessità, tuttavia, rendono attraente e promettente una ricerca sulla « storia giudiziaria contemporanea ». Essa, infatti, richiede la collaborazione fra studiosi di diverse aree,[13] ovviamente gli storici, ma anche i giuristi (e non solo gli storici del diritto), gli scienziati

10 V. Espindola (2015).

11 V. White (2015).

12 Sia consentito rinviare a Resta, Zeno Zencovich (2011) 11 ss.

13 Sbriccoli (2009a) parla della necessità per lo studioso di « de-disciplinarizzarsi ». Ma forse il concetto è meglio espresso dalla esigenza inter-disciplinarietà che comporta non la "decolorizzazione" dei tratti distintivi della disciplina ma l'apertura, metaforica, di molte porte e finestre.

sociali (in particolare sociologi delle istituzioni e statistici), gli archivisti.[14] È evidente che l'analisi di un processo contemporaneo non può prescindere da un lato della conoscenza tecnico-formale delle regole che presiedono alla sua evoluzione, dalla *notitia criminis* alla sentenza definitiva. Al contempo un procedimento giudiziario è espressione anche dell'apparato pubblico che lo governa, delle ideologie complessive che lo animano (assumendo come estremi opposti i termini comuni nella letteratura anglosassone del *judicial self-restraint*[15] e del *judicial activism*[16]). E per quanto il processo debba costituire, dal punto di vista delle parti, un *unicum*, in una prospettiva storica non può prescindere dalla dimensione numerica di vicende analoghe, dalla loro distribuzione geografica, dai loro esiti.[17] La inter-disciplinabilità è, a ragione, vista come una caratteristica significativamente arricchente delle indagini in tutti i campi del sapere, e dunque anche in questo.

Le considerazioni precedenti intendevano illustrare le ragioni che suggeriscono una riflessione ad ampio spettro sulla attualità e importanza della « storia giudiziaria contemporanea ». Vi sono tuttavia una serie di avvertenze che, sia pure in maniera sommaria e non esaustiva, è opportuno presentare.

2. Storia di che cosa?

Anche se può sembrare ovvio, è bene ricordare che l'approccio verso la « storia giudiziaria contemporanea » varia a seconda della prospettiva: storia del processo? Storia sociale della giustizia? Storia dei corpi giudiziari?[18] Ed

14 Qui un ruolo fondamentale viene svolto – nella prospettiva storica – dalle Commissioni per la sorveglianza e lo scarto degli atti di archivio costituite in forza del DPR 8.1.2001, n. 37, incaricate di selezionare i materiali processuali da conservare in archivio, e quelli da mandare al macero. Per una proposta sui criteri di selezione si v. il Titolario e il Massimario redatti dalla Corte d'appello di Bologna, e disponibili alla pagina http://www.giusti zia.bologna.it/it/News/Detail/1713. Per gli Stati Uniti v. *infra* alla nt. 26. Ovviamente anche gli archivi giudiziari fanno parte della identità di un Paese (su cui v. Coeuré (2015)).

15 Per una ricostruzione storica (con riguardo agli Stati Uniti) v. Tsen Lee (2011).

16 Per una prima lettura con molteplici riferimenti v. Green (2009).

17 « Il processo è muto e inapprezzabile quando il caso è puntuale, perchè esso può essere letto (non dico valutato, dico letto) solo se messo in prospettiva, comparato e còlto dinamicamente in cronologie e casistiche lunghe e ponderate » (così Sbriccoli (2009b)).

18 Costa (2012) 17 parla di storia della giustizia distiguendo fra « storia degli apparati », « storia di discorsi » e di « orizzonte metastoriografico ».

ancora di più a seconda dell'oggetto dell'indagine. Si comprende facilmente che un conto è fare la storia di una vicenda giudiziaria (si potrebbe prendere come modello l'*Affaire Dreyfus*[19]), altro conto è la storia di una persona, di cui le carte processuali possono fornire una serie di elementi; di un movimento politico le cui azioni ed i cui documenti sono acquisiti agli atti (anche qui, come esempio del passato, possiamo usare i documenti su Giustizia e Libertà nei processi del Tribunale speciale per la sicurezza dello Stato[20]). Ed ancora, la storia di un particolare evento, cui si attribuisce una rilevante importanza storica: solitamente si tratta di fatti di sangue ma possono avere anche una connotazione diversa. Infine la storia di un'epoca vista attraverso le vicende processuali: un esempio tipico è rappresentato dalla emersione di una sensibilità "femminista" attraverso alcuni processi per violenza carnale;[21] oppure dei rapporti all'interno delle imprese da una causa di lavoro; i mutamenti economici del Paese attraverso la crisi fallimentare di una grande azienda; lo spostamento dei processi decisionali in materia di urbanistica, appalti e settori regolamentati dalla amministrazione al giudice amministrativo.

Questo porta inevitabilmente a tenere conto del fatto che per quanto l'attenzione storica contemporanea finisca per essere in larga *événementielle*, le carte giudiziarie, se lette con l'essenziale ausilio delle statistiche giudiziarie, ci raccontano i mutamenti della società lontani dai riflettori dei grandi processi penali: la famiglia, il lavoro, il rapporto fra privati e pubblica amministrazione, il governo del territorio, in generale l'attività economica regolamentata.

Chiaramente le carte processuali non sono l'unico strumento per indagare su e ricostruire taluni fenomeni, ma sicuramente non possono più essere trascurate e relegate a fonti residuali o di nicchia.

19 Al quale è dedicato un apposito sito Internet (www.affairedreyfus.com) con migliaia di documenti, compresi gli atti dei processi.

20 Le cui decisioni dal 1927 al 1943 sono state pubblicate, a partire dal 1980, a cura dell'Ufficio storico dello Stato Maggiore dell'Esercito, con una presentazione di Gallo (1980). A riprova della importanza di confronti con similari esperienze straniere v. Eder (2002).

21 Emblematico il resoconto curato e commentato da Halimi (1978).

3. Le fonti

La ricerca storica come disciplina che si caratterizza per la condivisione di metodologie caratterizzate dalla coerenza, deve necessariamente adattarsi alle peculiarità dei procedimenti giudiziari. In primo luogo appare indispensabile distinguere le varie fasi del giudizio, utilizzando quella gradualità ben messa in luce da Franco Cordero: dal possibile al probabile, al certo. Da questo punto di vista appare necessario che lo storico sia consapevole delle varie fasi del procedimento, delle fisiologiche dialettiche (accusa/difesa, attore/convenuto), distinguendo fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, considerando la oggettività del giudicato (che ovviamente fa stato per il giudice, ma non necessariamente per lo storico), e, soprattutto, che il processo (penale, civile, amministrativo) è un campo di indagine ben delimitato dalle norme e dal tempo (non solo quello a disposizione del giudice, ma anche quello fissato dalle norme sulla prescrizione). Non può – e non deve! – fornire una risposta a tutti i quesiti.

Quel che si vuol sottolineare, però, è che da molti punti di vista il lavoro dello storico assomiglia a quello del giudicante, chiamato ad usare la bilancia per attribuire il giusto e proporzionato peso alle carte, ai dati, alle testimonianze. I pesi utilizzati saranno senz'altro diversi, ma dovranno essere, in ciascun campo, coerenti fra loro. Il che chiaramente non comporta un necessario appiattimento sulle risultanze processuali ma la consapevolezza che sullo storico, come sul giudice, incombe un onere motivazionale quando attribuisce rilievo a questo piuttosto che a quell'elemento.

Anche qui si coglie l'utilità di una sinergia epistemologica fra storico e giudicante relativamente alla attendibilità, delle fonti per il primo, delle prove per il secondo, con la possibilità di trasferire, *mutatis mutandis*, dei canoni di scrutinio che, pur nelle naturali differenze finalistiche, consentano di soddisfare il requisito del rigore metodologico.[22]

In questa prospettiva, peraltro, la maggiore – ed essenziale – libertà di cui gode lo storico gli impone, in questa materia, di confrontare le risultanze processuali con quelle provenienti da altre sedi istituzionali, extragiudiziarie. Spesso, se non sempre, i fatti di maggiore clamore e che trascendono la singola persona vittima o artefice, sono sottoposti a scrutinio da parte di

22 V. le utili riflessioni di Tuzet (2016) 37 ss.

commissioni amministrative, parlamentari,[23] internazionali, le quali pur avendo obiettivi diversi da quello giudiziale, non di meno raccolgono, elaborano, presentano materiali che in ipotesi sono poco rilevanti in un processo, ma che assumono un certo peso in prospettive diverse.

Anche se è frequente che tali atti e documenti trovino la strada per entrare nel processo, è evidente che la pluralità di fonti – ciascuna animata da propri fini istituzionali – arricchisce il materiale a disposizione dello storico ponendo ulteriori oneri di ponderazione e motivazione.

Infine, sempre sotto l'aspetto delle fonti, giova rimarcare come accanto a quelle tradizionali, scritte, su cui si fonda dal medioevo il processo, vi sono quelle orali, sia quelle raccolte nel dibattimento (e la cui trascrizione va considerata *cum grano salis*)[24] sia quelle raccolte all'esterno della viva voce dei protagonisti registrata dallo storico stesso o da terzi (tipicamente, le interviste).

4. Il contesto

Ben lungi dall'essere una storia "autentica", certificata dalla *res judicata*, la storia giudiziaria contemporanea è influenzata – oltre che dalle ineliminabili opzioni dell'interprete – da una serie di fattori esterni, probabilmente più percepibili nei tempi più vicini ai fatti.

23 In maniera crescente le commissioni mono-camerali o bicamerali finiscono per svolgere una attività parallela a quella della magistratura: si v. *ex multis* nella IV legislatura (1963) quella sul disastro del Vajont; nella V legislatura (1968) su « gli eventi del giugno-luglio 1964 » (il caso Sifar); nella VII legislatura (1976) sul disastro dell'Icmesa; nella VIII legislatura (1979) sul sequestro e l'omicidio del Aldo Moro (rinnovata ripetutatamente); sul caso Sindona; sulla Loggia massonica P2; nella IX legislatura (1983) sui « fondi neri » Iri, sul terrorismo, sulla mafia (quest'ultima rinnovata nelle legislature successive); nella X legislatura (1987) sul caso della Filiale Bnl di Atlanta; nella XII legislatura (1994) sull'Acna di Cengio; nella XIII legislatura (1996) sul dissesto della Federconsorzi; sull'affare Telekom-Serbia; sul "dossier Mitrokhin", sulla morte di Ilaria Alpi, sull'« uranio impoverito ».

24 Andrebbero ricordate qui, come straordinaria fonte storica, le registrazioni dei dibattimenti di grandi processi effettuate da oltre un trentennio da Radio Radicale e rese disponibili pubblicamente sul sito www.radioradicale.it/processi. Diversa funzione, meno "autentica" perché soggette ad inevitabili operazioni di regia e di montaggio, sono le trasmissioni della Rai nel programma « Un giorno in Pretura » (www.ungiornoinpretura.rai.it) le quali tuttavia possono costituire una utilissima fonte per una storia del costume giudiziario e dei suoi protagonisti (giudici, pubblici ministeri, avvocati).

La valenza politica – in senso ampio – di molti procedimenti giudiziari (non solo penali; si pensi alla crisi finanziaria di una grande azienda) richiede che di questa dimensione e della sua incidenza si tenga conto. Senza in alcun modo voler accreditare la tesi preconcetta della "sentenza politica", una decisione giudiziaria contribuisce, al pari di un atto parlamentare, di una manifestazione pubblica, di un accordo partitico a esprimere il governo (o il non-governo) della *polis*. In ogni caso il peso – rilevante o insignificante – di una decisione costituisce un dato oggettivo di cui tenere conto nell'indagine storica.

La dimensione pubblica – e dunque politica – dell'attività giudiziaria è stata ingigantita nel corso dell'ultimo mezzo secolo dalla risonanza che essa ha sui mezzi di informazione e comunicazione. Non si tratta di un fenomeno nuovo: da quando esiste la stampa quotidiana e periodica essa si occupa del tema, anche se il cuore dell'azione era rappresentato dal processo. Peraltro non va trascurato che in società a ristretta base decisionale (come quelle del XIX secolo) la stampa – anche per via del prevalente analfabetismo – copriva tutto l'universo che poteva interagire con l'azione giudiziaria.[25] Dunque gli epocali mutamenti tecnologici (prima la televisione poi le reti di comunicazione elettronica) hanno semplicemente diffuso il resoconto sull'intero spettro dei soggetti con diritti di cittadinanza.[26] La rappresentazione mediatica della attività giudiziaria non è fenomeno limitato ad un solo Paese ma interessa tutti i Paesi democratici, e preoccupa chi vede in essa un *vulnus* alla imparzialità delle decisioni. In una prospettiva storica il fenomeno interessa in quanto il *trial by media* costituisce un fatto oggettivo, rilevante non solo in termini sociologici, ma perché idoneo a orientare decisioni, scelte, movimenti, e questo del tutto a prescindere da giudizi di valore sulla qualità (presente o assente) della informazione giudiziaria.[27] Piuttosto sarebbe interessante verificare – in una prospettiva storica – in che misura i risultati dei "processi mediatici" coincidano con quelli dei processi regolari. Tuttavia, e questa appare una avvertenza metodologica essenziale, occorre tener ben distinti i due percorsi. Già è difficile soppesare il valore degli elementi filtrati e introdotti nel processo attraverso alcune garanzie di autenticità (l'inammissibilità dello *hearsay*, la necessità di plurimi e convergenti

25 Il tema è approfondito nei saggi pubblicati in Colao, Lacché, Storti (2009).

26 In senso similare v. la *Introduzione* di Colao, Lacché, Storti (2009) 7.

27 V. Resta (2008).

riscontri, la posizione soggettiva del dichiarante). Praticamente impossibile è ricostruire un evento attraverso le cronache giornalistiche, del tutto svincolate dal rispetto di canoni anche solo deontologici, e orientate prevalentemente da esigenze di clamore. In altri termini una « storia giudiziaria » è cosa diversa da una « storia della (e sulla) cronaca giudiziaria ».[28] Questo porta a considerare la circostanza che il mestiere dello storico, il cui statuto metodologico non è formalizzato ed è largamente governato da fattori reputazionali, è costantemente eroso dal pubblicazioni che, auto-qualificandosi, come « storiche »[29] il più delle volte precorrono – e pre-giudicano – la indagine storica seria.

Anche qui l'approccio più corretto appare quello di considerarli non tanto come fonti di secondo grado, ma come fatti i quali richiedono di essere analizzati e verificati, ed eventualmente confutati, soprattutto quando – come spesso è il caso – essi sono animati da *ira et studio*.

5. I riflessi sulla storia delle istituzioni giudiziarie

Una « storia giudiziaria contemporanea » non può limitarsi a guardare i singoli procedimenti o al loro insieme. Appare importante comprendere l'evoluzione della istituzione giudiziaria, nelle sue strutture (ad esempio la dislocazione territoriale), la sua organizzazione, formale ed informale, i sog-

28 « Il existe un autre risque important, celui des épiphénomènes médiatiques qui, appliqués à la justice pénale, peuvent nous faire entrer dans une instrumentalisation de la scène judiciaire, qui est un lieu facile à investir lorsque l'on se pose en victime et que l'on met en cause une personnalité, autour d'une réalité spectaculaire, à partir d'une pièce d'un dossier ou d'un document d'archive. À travailler trop vite et trop tôt, d'énormes risques sont pris. La confrontation entre le point de vue de l'historien, qui a travaillé sur les archives, et celui d'un témoin qui a partiellement reconstruit son passé, est souvent difficile. C'est pourquoi il ne faut pas mélanger journalisme et travail historique, parole d'un témoin et sources écrites, pièce d'un procès judiciaire et vérité historique. S'il existe une loi et des règles sur l'ouverture des archives, c'est bien pour limiter ces dérives » (Jean (2009) 61).

29 Nella misura in cui possa essere indicativo, una ricerca sul termine « storia giudiziaria » effettuata sul motore di ricerca Google fornisce i titoli di decine di volumi, nessuno dei quali scritto da uno storico di professione ma prevalentemente da giornalisti. Non si pensi che si tratti di un fenomeno solo italiano: anche altrove la spettacolarizzazione delle vicende giudiziarie è moneta sonante (ad es. il sito « Historiquement Logique! » – http://historiquementlogique.com/publications – specializzato « dans la reconstitution de procès criminels qui ont marqués l'histoire du Québec »).

getti che vi lavorano (provenienza, formazione, carriera).[30] In una storia che guardi al lungo periodo e alle trasformazioni di una società si tratta del profilo forse più interessante anche per la banale considerazione che, in generale, il prodotto di una determinata istituzione è in larga misura influenzato dalla natura di quella istituzione e dalla *forma mentis* dei suoi appartenenti.[31]

Ma anche nella prospettiva della Storia (con la S maiuscola, che guarda alle istituzioni e al governo di un Paese) la storia delle istituzioni giudiziarie appare ineludibile e quasi ovvia. È sufficiente guardare oltre Atlantico alla storia degli Stati Uniti d'America la quale è intessuta in ogni momento decisivo dall'ordito della Corte Suprema e dei suoi nove giudici per comprendere come anche in sistemi diversi tale indagine sia in grado di gettare luce su percorsi all'apparenza indecifrabili e congetturali.

Il che suggerisce una notazione comparatistica: è opportuno infatti segnalare che negli Usa il termine *judicial history* si riferisce alla storia dei precedenti giudiziari e dunque si ritrova in praticamente tutte le decisioni giudiziarie di un qualche peso.[32] Dunque quella « storia » è ben conosciuta e ricostruita in primo luogo da giuristi e giudici ai fini di una corretta decisione. Il loro insieme, distribuito nel corso dei decenni (e in taluni casi dall'inizio dell'Ottocento), riduce notevolmente la distanza fra evento e giu-

30 Il punto è ben chiarito nei vari contributi pubblicati in Romanelli (1997).

31 V. Guarnieri (1997) (sull'Italia contemporanea: 254 ss.); nonchè Di Donato (2012). Un discorso a parte – ma di enorme importanza – riguarda il ruolo dei consiglieri di stato nella organizzazione e nella continuità dello Stato, dall'Unità, al Fascismo, alla Repubblica: v. Melis (2006).

32 Per la intersezione fra la nozione di « judicial history » e la ricerca storica in senso più proprio v. Vermeule (1999) con l'obiettivo di usare la seconda a favore della prima: « Federal courts do not consider the judiciary's internal records as interpretive sources bearing on the meaning of published opinions or judicially-promulgated rules. In accord with this entrenched practice, current scholarship assumes that internal judicial materials are useful only as historical documentation, rather than as legally admissible authority » (1313). Il che pone una importante distinzione: quando il giudice – come negli ordinamenti di *common law* – esamina minuziosamente il fatto (anzi, quando vi è un collegio questo esame è fatto in più *opinions*) la « storia giudiziaria » assume ben altra consistenza e attendibilità, oltre che una immediata e pubblica conoscenza. Quando invece – come nei sistemi continentali – il fatto è solo sommariamente descritto, lo spazio per indispensabili indagini ulteriori diviene molto più ampio. La straordinaria attenzione che gli americani prestano alla storia giudiziaria è confermata da *A Guide to the Preservation of Federal Judges' Papers* (2. ed. 2009) redatto dal Federal Judicial History Office.

dizio ed affida allo storico (della giustizia, delle istituzioni, dei processi sociali e politici) il prevalente compito di interpretare, più che di ricostruire.

S'impone, dunque, anche una « storia comparata », volta a cogliere non solo percorsi simili o diversificati, ma anche soggetti, fonti, autorevolezza.

***

Come si è detto una « storia giudiziaria contemporanea » richiede la convergenza di più competenze, che si arricchiscono sinergicamente. Si tratta di una iniziativa che è naturale parta del luogo di ricerca per eccellenza, che è l'università e che, proprio per la sua "universalità", possiede le specializzazioni (storiche, giuridiche, sociologiche, statistiche) che sono necessarie, ed è in grado di guardare fuori dai confini nazionali, dialogare e "fare rete" con analoghe iniziative e ricerche, e con istituzioni straniere.[33]

Bibliografia

Amarelli, Francesco, Francesco Lucrezi (1999), Il processo contro Gesù, Napoli

Catanzaro, Raimondo, Salvatore Lupo, Marcella Marmo, Aldo Mazzacane (1998), La criminalità nell'Italia contemporanea: quale storia tra passato e presente?, in: Meridiana, 33, 163–200

33 Come punto di partenza si può prendere il *Centre d'Histoire Judiciaire* francese (http://chj-cnrs.univ-lille2.fr/accueil) costituito negli anni Ottanta dal Cnrs presso l'Università di Lilla. Il suo ambito temporale però è molto più ampio (dal medioevo in poi) e con una curvatura di "storia del diritto". Questa la "missione" enunciata: « Le rapport justice et société est ainsi saisi à travers toute une série de prismes: institutions et professions judiciaires, monde pénitentiaire, constitution et circulation des savoirs juridiques, expression et résolution des conflits, droit et justice en temps de guerre, pacification par le droit social, singularité de l'espace ultramarin français au regard de la métropole et des territoires placés sous la domination des autres puissances coloniales ». Per un approccio sociologico – che diventerà fondamentale quando si vorrà fare ricerca storica sulle istituzioni giudiziarie – si vedano le numerose e approfondite ricerche dell'Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari del CNR e insediato presso l'Università di Bologna (www.irsig.cnr.it) che « si occupa di studi e ricerche sull'amministrazione della giustizia. Le attività riguardano la *governance* dei sistemi giudiziari, il *court management*, i processi di riforma e di innovazione normativa, organizzativa e tecnologica, la valutazione, le politiche pubbliche e la convergenza dei sistemi giudiziari europei. Le ricerche sono condotte con un approccio interdisciplinare, empirico e comparato ».

Coeuré, Sophie (2015), Archives dans les guerres, guerres des archives aux XXe et XXIe siècles. Autorité, identité, vulnérabilité, in: Pouvoirs, 2015, 153, 25–36

Colao, Floriana, Luigi Lacchè, Claudia Storti (2009) (a cura di), Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento, Bologna

Costa, Pietro (2012), Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo, in: Lacchè, Luigi, Massimo Meccarelli (a cura di), Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca, Macerata, 17–43

Di Donato, Francesco (2012), La ricerca storica sulla magistratura. Aspetti metodologici e linee prospettiche, in Le Carte e la Storia, 18, 5–32

Eder, Wolfang (2002), Das italienische Tribunale Speciale per la difesa dello Stato und der deutsche Volksgerichtshof: ein Vergleich zwischen zwei politischen Gerichtshöfen, Frankfurt am Main

Espindola, Juan (2015), Transitional Justice after German Reunification, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9781316014851

Gomez Isa, Felipe (2006) (a cura di), El derecho a la memoria, Bilbao

Green, Craig (2009), An Intellectual History of Judicial Activism, Emory Law Journal, 58, 1195–1264

Halimi, Gisèle (1978), Viol. Le procès d'Aix-en-Provence, Paris

Jean, Jean-Paul (2009) Le procès et l'écriture de l'histoire, in Tracés. Revue de Sciences Humaines, 9, 61–74

Lacché, Luigi, Massimo Meccarelli (2012), Introduzione. Storia del diritto come storia della giustizia: materiali per una riflessione metodologica, in: Lacchè, Luigi, Massimo Meccarelli (a cura di), Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca, Macerata, 7–16

Mandas, Anna Maria (2017), Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli, Napoli

Melis, Guido (2006) (a cura di), Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Biografie dal 1861 al 1948, Milano

Muñoz Machado, Santiago (2010), Los grandes procesos de la historia de España, Madrid

Nalepa, Monika (2010), Skeletons in the Closet. Transitional Justice in Post-Communist Europe, Cambridge, https://doi.org/10.1017/CBO9780511815362

Resta, Giorgio (2008), Trial by media as a legal problem. A comparative analysis, Napoli

Resta, Giorgio, Vincenzo Zeno Zencovich (2012), La storia "giuridificata", in Resta, Giorgio, Vincenzo Zeno Zencovich (a cura di), Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo fra storici e giuristi, Napoli, 11–41

Romanelli, Raffaele (1997) (a cura di), Magistratura e potere nella storia europea, Bologna

Salas, Denis, Jean-Paul Jean (2002), Barbie, Touvier, Papon: des procès pour la mémoire, Paris

Sbriccoli, Mario (2009a), Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, in Sbriccoli, Mario (a cura di), Storia del diritto

penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972–2007), Milano, vol. 2, 1113–1134

Sbriccoli, Mario (2009b), Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale, in Sbriccoli, Mario (a cura di), Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972–2007), Milano, vol. 2, 1135–1150

Schiavone, Aldo (2016), Ponzio Pilato. Un enigma tra storia e memoria, Torino

Sordi, Marta (1996) (a cura di), Processi e politica nel mondo antico, Milano

Stan, Lavinia, Nadya Nedelsky (2015) (a cura di), Post-Communist Transitional Justice. Lesson from Twenty-Five Years of Experience, Cambridge

Thénault, Sylvie (2001), Drôle de justice. Les magistrats pendant la guerre d'Algérie, Paris

Tsen Lee, Evan (2011), Judicial Restraint in America: How the Ageless Wisdom of the Federal Courts Was Invented, Oxford

Tuzet, Giovanni (2016), Filosofia della prova giudiziale, Torino

Vermeule, Adrian (1999), Judicial History, Yale Law Journal, 108, 1311–1354, https://doi.org/10.2307/797328

Violante, Luciano (1997), La criminalità, Annali n. 12, Torino

White, Lisa (2015), Transitional Justice and Legacies of State Violence. Talking about torture in Northern Ireland, London

Contributors

Alfons Aragoneses is Associate Professor of Legal History at the University Pompeu Fabra (Barcelona) and Associate Researcher at the Max Planck Institute for European Legal History (Frankfurt M). He wrote his PhD on the history of comparative law. He has written articles and chapters of books in Castilian, English, French and German on history of Francoist Law. His research interests include Law and dictatorship, history of private law, transitional justice and the link between Law, memory and collective identity. He is the author of *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado* (2009) and *Recht im "fin de siècle"* (2007).

Eliana Augusti is Assistant Professor of History of Codifications in the Department of Legal Sciences at the University of Salento. She is currently Research Fellow at the *Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg). Her studies are devoted to the history of international law, Europe and Ottoman Empire in the nineteenth-century; capitulations and consular jurisdictions; history of comparative and colonial law; legal transplant and transnationalism. She is author of *Questioni d'Oriente. Europa e Impero Ottomano nel Diritto Internazionale dell'Ottocento* (2013), *Storie e storiografie dei Consolati in* Oriente *tra Otto e Novecento* (in: *Historia et ius*, 2017); *Peace by Code: Milestones and Crossroads in the Codification of International Law* (in: M. Vec and T. Hippler, *Paradoxes of Peace in the 19th century Europe*, 2015).

Massimo Brutti is Full Professor of Roman Law in the Department of Law at the University La Sapienza of Rome. His research interests range from Roman civil procedural law to the history of legal thinking, with focus on the Historical School and on the Pandectist School. Among his most recent publications are: *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile* (2013), *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti* (2013), *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole* (2017).

Antonello Calore is Full Professor of Roman Law in the Department of Law at the University of Brescia, where he was Dean from 2004 to 2010. He is the Coordinator of the Research Project Cuia (2011–2012) between Italy and Argentine and Member of the steering Committee of the Review *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*. Calore's research interests are addressed to "international" Roman law. At present his studies focus on citizenship. Among his publications are: *La rimozione del giuramento* (1988) and *Forme giuridiche del* "bellum iustum" (2003).

Salvatore Casabona is Associate Professor of Private Comparative Law and adjunct professor of International Trade Law at the University of Palermo. His research interests run wide through Family law, environmental regulation, and justice, comparative law methodology, mixed jurisdictions, European law, customs law, online gambling regulatory strategies and Internet intermediaries' contracts. He won visiting and research fellowships from many prestigious institutions in Europe, Latin America and East Asia. His last book is *Pedagogia dell'odio e funzione educativa dei genitori – Uno studio di diritto comparato su mafia e radicalization jihadista* (2016).

Tommaso dalla Massara is Full Professor of Roman Law and Foundations of European Private Law at the University of Verona. His research interests in the field of Roman, Civil and European law include Procedural law, Sales law, Good faith and Arbitration law. He has published in both Italian and foreign reviews (such as *Rivista di diritto civile* and *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*) and is author of *Alle origini della causa del contratto* (2004) and of *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta* (2012).

Thomas Duve is Director at the Max-Planck-Institute for European Legal History and Professor for Comparative Legal History at the Goethe University Frankfurt. His research focuses on the legal history of the early Modern Age and the Modern Era with particular interest in Ibero-American legal history and the history of legal scholarship in the 20th Century. Recent publications include *Was ist "Multinormativität"? – Einführende Bemerkungen* (in: Rechtsgeschichte 2017), *Global Legal History: A Methodological Approach* (in: Oxford Handbooks Online 2017) and *New Horizons in Spanish Colonial Law: Contributions to Transnational Early Modern Legal History* (coeditor with H. Pihlajamäki, 2015).

Giuseppe Franco Ferrari is Full Professor of Constitutional law at the University Bocconi, Milan, where he is the coordinator of the Public law teachings. He is author and editor of about 45 books and 250 articles. He is Director of the Review *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, coeditor of the *Comparative Law Review* and member of the scientific board of the Reviews *Giurisprudenza Costituzionale*, *Munus* and *Percorsi Costituzionali*. He is vice President of the International Academy of Comparative Law. Among his recent publications are: *Nuove Province e Città metropolitane* (2016) and *Diritto costituzionale comparato* (with P. Carrozza and A. Di Giovine, 2014).

Tommaso Edoardo Frosini is Full Professor of Comparative Public Law in the Department of Law at the University Suor Orsola Benincasa of Naples. He is author of many books, the most recent ones being: *Liberté Egalité Internet* (2016) and *Constitution, Democracia y Estado de Derecho* (2017). Frosini is President of the Association Diritto pubblico comparato ed europeo and Vice president of the Italian National Research Council; he is coeditor of the Reviews *Diritto pubblico comparato ed europeo* and *Percorsi costituzionali* as well as of the *Comparative Law Review*. Recent publications include *Liberté Egalité Internet* (2015), *Constitución, Democracia y Estado de Derecho* (2017) and *Diritti e libertà in internet* (with O. Pollicino, 2017).

Mauro Grondona is Associate Professor of Private Law in the Department of Law at the University of Genoa. He has intensively written on general private law. Furthermore, his research interests also deal with comparative law and the history of legal thinking. He is author of *La clausola risolutiva espressa* (1998), *L'ordine giuridico dei privati* (2008) and *Diritto dispositivo contrattuale* (2011).

Luigi Lacchè is Full Professor of Legal History at the University of Macerata. Among his recent publications are: *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th-20th centuries)* (2016), *Der eklektizistische Kanon. Auf der Suche nach einer "Tiefenschicht" der italienischen Rechtskultur des 19. Jahrhunderts* (2014) and *« No juzguéis ». Antropología de la justicia e imágenes de la opinión pública entre los siglos XIX y XX*, transl. Maria Valvidares (2014).

Pier Giuseppe Monateri is Professor of Law at the University of Torino. He is author of *The Italian Legal System* (with M. Livingstone and F. Parisi, 2015) and editor of *Methods of Comparative Law* (2012), *Comparative Contract Law* (2017) and *Classics in Comparative Law* (with T. Ginsburg and F. Parisi, 2014); Monateri's research interests include comparative legal history, political philosophy and international relations. Monateri is member of the International Academy of Comparative Law (New York), the Accademia delle Scienze (Bologna) and the Société de Législation Comparée (Paris). He is Honorary President of the Italian Association of Comparative Law.

Edmondo Mostacci teaches Constitutional and Comparative Public Law at Bocconi University, Milan. He is author of *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law* (with A. Somma, 2016), *From the Ideological Neutrality to the Neoclassical Inspiration: The Evolution of the Italian Constitutional Law of Public Debt and Deficit* (in: *Fiscal Rules. Limits on Governmental Deficits and Debt*, 2016), and *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico* (in: *Politica del diritto*, 2013). His research interests include legal and economic integration and its impact on constitutional legal systems.

Matteo Nicolini is Assistant Professor of Comparative Public Law in the Department of Law at the University of Verona. His fields of research include Italian and European constitutional law, federalism and regionalism, judicial review of legislation, Law and literature, African law, Legal geography and legal Linguistics. He is the author of monographs, essays, and articles in Italian, Spanish, and English. His most recent monograph is *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe* (2016). He is also the editor of several collections, including *Law, Territory and Conflict Resolution: Law as a Problem and Law as a Solution* (with F. Palermo and E. Milano, 2016).

Luigi Nuzzo is Full Professor of Legal History at the University of Salento and permanent fellow of the Alexander von Humboldt Stiftung. He has been research fellow at the Max Planck Institute for European Legal History, the University of California at Berkeley, the New York University and the European University Institute. His main pubblications include *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo* (2012), *Constructing*

International Law. The Birth of a Discipline (with M. Vec, 2012) and *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole* (2004).

Giovanni Pascuzzi is Full Professor of Comparative Private Law in the Department of Law at the University of Trento. He teaches Civil law, Legal skills, Civil law and cognitive sciences. He is author of several books and among his most recent publications are: *Il problem solving nelle professioni legali* (2017); *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi* (2015); *La creatività del giurista* (2013); *Giuristi si diventa. Guida all'apprendimento delle abilità proprie delle professioni legali* (2013); *Il diritto dell'era digitale* (2012).

Giorgia Pavani is Associate Professor of Comparative Public Law at the University of Bologna. She coordinates the Jean Monnet Project *New Policies and Practices for European Sharing Cities* (EuCity). She has made extensive academic research in the fields of local government in Italy and on a comparative perspective for the Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale (SSPAL). Current research is based mainly on the Public Service Broadcasting and Media Law. She is the author of *Radiotelevisioni. Profili storici e comparati* (2012). She has edited *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe* (with L. Pegoraro, 2006).

Giovanni Poggeschi is Full Professor of Comparative Public Law at the Department of Law at the University of Salento. His research interests include minority rights, immigration and foreigner law, fiscal federalism, fundamental rights, federalism and and regionalism, Spain (in particular Catalonia), France, the Balkans and India. He is author of *Language rights and duties in the evolution of public law* (2013), *Le nazioni linguistiche della Spagna autonómica* (2002) and *I diritti linguistici. Un'analisi comparata* (2010).

Giorgio Resta is Associate Professor of Comparative Law at the University of Roma Tre. He has been visiting professor at McGill University, EHESS, Paris and at the University of Nagoya. He authored more than 100 publications in the fields of Comparative law, Private law, Legal history, information law and new technologies. Among his most recent books are *Diritto privato. Una conversazione* (with P. Rescigno and A. Zoppini, 2017); *Dignità, persone, mercati* (2014); *Karl Polanyi. For a New West* (2014). He is associate member of

the International Academy of Comparative Law, ELI fellow, and co-founder of the Italian Academy for the Internet Code.

Roberto Scarciglia is Full Professor of Comparative Law at the University of Trieste. He was Dean of the Faculty of Political Sciences and Director of the Department of Political and Social Sciences. His work focuses on comparative methodology, transnational dimensions of law, history of law, intercultural and religious studies. He has published on a wide variety of topics, including comparative methodology, comparative constitutional law, Spain, multiculturalism, administrative law in the Balkans, Islamic symbols, global law, legal pluralism, and history of comparative law. Recent publications include *Metodi e comparazione giuridica* (2016).

Mario Serio is Full Professor of Comparative Private Law at the University of Palermo. He is titular member of the International Academy of Comparative Law. He is author of several volumes, essays and publications on Italian and English law of torts, contracts, obligations and historical foundations of the common law. Mario Serio's research interests include history and sources of English Law, Constitutional Law, Human Rights, abuse of process, property and legal method. He is author of *Nuova Introduzione allo studio del diritto inglese* (2016); *Il danno da irragionevole durata del processo* (2009) and *Studi comparatistici sulla responsabilità civile* (2007).

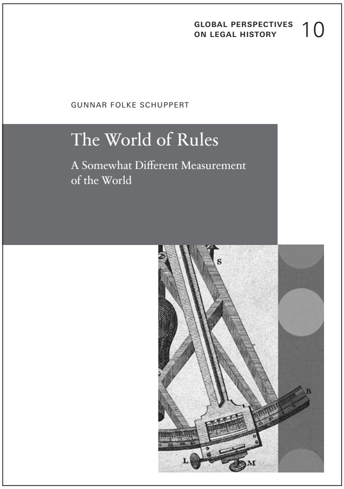
Alessandro Somma is Full Professor of Comparative Law at the University of Ferrara. Until 2002 he was research fellow at the Max-Planck-Institute for Legal History in Frankfurt am Main. He is member of the International Academy of Comparative law and of the board of the Italian Association of Comparative law. Recent publications include: *Introduzione al diritto comparato* (2014), *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito* (2014), *L'altra faccia della Germania. Sinistra e democrazia economica nelle maglie del neoliberalismo* (2015), *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea* (2017).

Bernardo Sordi is Full Professor of Legal History at the Department of Law at the University of Florence. His research interests include constitutional and administrative history in the modern and contemporary age. Among his publications are: *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale* (1985); *Tra*

Weimar e Vienna (1987); *L'amministrazione illuminata* (1991); *Storia del diritto amministrativo* (with Luca Mannori, 2013^{5}). He has recently co-edited (with P. Costa, M. Fioravanti and P. Cappellini) *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto* (2015^{2}).

Emanuele Stolfi is Full Professor of Roman Law at the University of Siena (where he formerly directed the Doctorate School *Ius publicum Europaeum*). His research interests include the ideas of equity, good faith, citizenship, freedom and interpretation between the Greek and Roman world. He is the author of many works about legal thinking and methodology of the jurists (especially in the Roman Empire), legal logic and argumentation, for example: *Introduzione allo studio dei diritti greci* (2006); *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico* (with L. Lantella and M. Deganello, 2007); *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari* (2010); *Quando la Legge non è solo legge* (2012).

Vincenzo Zeno-Zencovich is Full Professor of Comparative Law at the University of Roma Tre where he teaches Comparative legal systems and Eu Transport law. He is also chairman of the Italian Association of Comparative Law. He has written extensively in the fields of torts, European private law, media and ICT law. He is the author or editor (together with Giorgio Resta) of several articles and books concerning the relationship between contemporary historical events and legal institutions. His most recent works are available, in open access, on the SSRN and on http://romatrepress.uniroma3.it, including *Comparative Legal Systems. A Short Introduction* (2017).



Gunnar Folke Schuppert

The World of Rules

A Somewhat Different Measurement
of the World

Global Perspectives on Legal History 10

Frankfurt am Main: Max Planck Institute
for European Legal History 2017.
378 p., € 18,17 D
ISBN 978-3-944773-09-4
eISBN 978-3-944773-19-3
Open Access Online Edition:
http://dx.doi.org/10.12946/gplh10

This book takes a stand against the narrowing focus of (German) jurisprudence on state law, rooted in the history of the territorially organised nation state. In the shadow of this tradition, state(-hood) law was only conceived of as state law. However, a gradual decoupling of state and law is observable – not least because of globalisation – which inevitably entails a pluralisation of legal regulations. Jurisprudence has to react to this, if it wants to remain relevant. This can happen through a broadening of its horizon towards a more far-reaching "science of regulation", in order to grasp the increasing "Variety of Rules" adequately. State law remains an important and central type of law, yet it is no longer the sole type.

Global Perspectives on Legal History is a book series edited and published by the Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, Germany. As its title suggests, the series is designed to advance the scholarly research of legal historians worldwide who seek to transcend the established boundaries of national legal scholarship that typically sets the focus on a single, dominant modus of normativity and law.
The series aims to privilege studies dedicated to reconstructing the historical evolution of normativity from a global perspective.
It includes monographs, editions of sources, and collaborative works. All titles in the series are available both as premium print-on-demand and in the open-access format.

Released volumes

10 | Gunnar Folke Schuppert

The World of Rules.
A Somewhat Different Measurement of the World

9 | Guido Pfeifer, Nadine Grotkamp (eds.)

Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike.
Beispiele aus drei Jahrtausenden

8 | Elisabetta Fiocchi Malaspina

L'eterno ritorno del *Droit des gens* di Emer de Vattel (secc. XVIII–XIX).
L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale

7 | Víctor Tau Anzoátegui

El Jurista en el Nuevo Mundo.
Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

6 | Massimo Meccarelli, María Julia Solla Sastre (eds.)

Spatial and Temporal Dimensions for Legal History.
Research Experiences and Itineraries

4 | Osvaldo Rodolfo Moutin

Legislar en la América hispánica en la temprana edad moderna.
Procesos y características de la producción de los Decretos del Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)

3 | Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (eds.)

New Horizons in Spanish Colonial Law.
Contributions to Transnational Early Modern Legal History

2 | María Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (eds.)

Derecho privado y modernización.
América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX

1 | Thomas Duve (ed.)

Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches

More information on the series and forthcoming volumes: http://global.rg.mpg.de

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

Comparative law and history of law are both traditionally devoted to deepening the context of legal rules and legal institutions, i.e. to consider law in its space-time coordinates. In recent years, this trait is more and more conflicting with the tendency to present law as a depoliticized phenomenon. A group of comparative lawyers and legal historians critically discuss this assumption by examining it either from a theoretical perspective or from the point of view of their specific field of research.

http://global.rg.mpg.de

ISBN 978-3-944773-20-9